

Cuadernos de Derecho Local

número

7

Febrero de 2005

QDL



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Cuadernos de Derecho Local

CONSEJO CIENTÍFICO

MANUEL ARAGÓN REYES
JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT
JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ
MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE
EDUARDO CALVO ROJAS
TERESA CARBALLEIRA RIVERA
JOSÉ LUIS CARRO-FERNÁNDEZ VALMAYOR
CARMEN CHINCHILLA MARÍN
DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE
JAVIER DELGADO BARRIO
ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR
RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO
TOMÀS FONT LLOVET
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
PABLO GARCÍA MANZANO
RAFAEL GÓMEZ FERRER
JESÚS LEGUINA VILLA
JOAN MAURI MAJÓS
JOSEP MIR BAGÓ
MARÍA JESÚS MONTORO CHINER
ALEJANDRO NIETO GARCÍA
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
LUCIANO PAREJO ALFONSO
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
FRANCISCO RUBIO LLORENTE
JOAQUÍN TORNOS MAS
FRANCISCO VELASCO CABALLERO
JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

DIRECTORES

MANUEL MEDINA GUERRERO
DOMÈNEC SIBINA TOMÀS

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

JOSÉ MARÍA ESQUERDA ROSET
FERRAN TORRES COBAS

EDICIÓN

© FUNDACIÓN PRIVADA DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

~

PRODUCCIÓN Y ASESORAMIENTO LINGÜÍSTICO

FGL (637 722 816

PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

SISDIGRAF, S.L. (933 052 450

Depósito legal: B-4681-2002
ISSN: 1696-0955



Juli Ponce Solé

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

Salvador Milà i Solsona

Conseller de Medio Ambiente y Vivienda de la Generalidad de Cataluña

Carme Trilla i Bellart

Directora general de Vivienda de la Generalidad de Cataluña

Dolors Clavell Nadal

Diputada de ICV-EA en el Parlamento de Cataluña

Marcos Vaquer Caballería

Director general de Urbanismo y Política de Suelo del Ministerio de Vivienda
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

Julio César Tejedor Bielsa

Director general de Vivienda y de la Rehabilitación del Departamento de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte del Gobierno de Aragón.
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza

Martín M.ª Razquín Lizarraga

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra

Domènec Sibina i Tomàs

Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

José M.ª Baño León

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia

Francisco Sosa Wagner

Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

Segundo Menéndez Pérez

Magistrado del Tribunal Supremo.
Sala Tercera. Sección Quinta

David Ordóñez Solís

Magistrado

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 7

JORNADA SOBRE LOS NUEVOS DESARROLLOS NORMATIVOS EN MATERIA DE VIVIENDA Y URBANISMO

1. Estructura y objetivos de la Jornada sobre los Nuevos Desarrollos Normativos en Materia de Vivienda y Urbanismo ... 7

2. Inauguración de la jornada. 10

3. Bases de reflexión para una política de vivienda en Cataluña 13

4. Medidas legislativas para una nueva política de vivienda ... 18

5. El nivel estatal y la vivienda y el urbanismo 23

6. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Aragón. 29

7. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Navarra 39

8. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Cataluña 46

9. Patrimonios públicos del suelo y vivienda 73

La gestión de servicios públicos mediante una sociedad de capital íntegramente público y mediante una sociedad mixta. 79

El requisito de publicación de los planes urbanísticos como condición de validez de las actuaciones administrativas. Tipología de situaciones 96

Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea 115

Dimitry Berberoff Ayuda

Magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Javier Barcelona Llop

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria

Romà Miró Miró

Abogado

Àlex Peñalver i Cabré

Letrado y profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

Rosa María Martín-Romo Capilla

Letrada de la Excm. Diputación Provincial de Cáceres

Domènec Sibina Tomàs

Eva Arnal Arasa

Abogada

Julia Fajardo García

Licenciada en Derecho.

Técnica de gestión de la Diputación de Barcelona

Aspectos generales del principio de precaución y su incidencia en el ámbito local 142

Dos aspectos del régimen jurídico de las policías locales en España: las funciones y la organización 151

El asedio inmobiliario. La dejación de obligaciones del propietario. Marco jurídico y posición de la Administración local 165

Nuevas tendencias sobre la inactividad administrativa en la aplicación de las sanciones ambientales. 173

La nueva estructura de la función pública local: la creación de la Subescala de Gestión Administrativa y su incidencia en la promoción interna local. 186

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 191

A) Jurisdicción constitucional 192

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 200

C) Jurisdicción contencioso-administrativa 203

D) Jurisdicción penal 231

E) Jurisdicción civil. 238

F) Comentarios a la jurisprudencia en materia de contratación de las administraciones públicas 246

Nota de la Redacción:

En el artículo publicado en el QDL, 6, "Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)", escrito por don Manuel Campos Sánchez-Bordona, magistrado del Tribunal Supremo, se transcribe en la página 68 el artículo III-6 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, en la versión adoptada por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003, publicada en el DO C 169 de 18.07.2003 (ver nota 3 del artículo publicado).

El autor, para una mejor comprensión del texto, tiene interés en dejar constancia que, en el momento de publicarse el artículo en esta revista, ya había visto la luz el texto aprobado en la Conferencia de los representantes de los gobiernos de los estados miembros, en Bruselas, el 13 de octubre de 2004. Para este texto, la cita del artículo publicado debe hacerse al artículo III-122, que establece: "Sin perjuicio de los artículos I-5, III-166, III-167 y III-238, y dado el lugar que ocupan los servicios de interés económico general como servicios a los que todos conceden valor en la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial de ésta, la Unión y los estados miembros, dentro de sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución, velarán por que dichos servicios funcionen conforme a principios y en condiciones, económicas y financieras en particular, que les permitan cumplir su cometido. Dichos principios y condiciones se establecerán mediante ley europea, sin perjuicio de la competencia de los estados miembros, dentro del respeto a la Constitución, para prestar, encargar y financiar dichos servicios."

Este número del QDL inicia un nuevo formato que se caracterizará por la flexibilidad y adaptación de su estructura y secciones a los temas de interés para el mundo local. En la sección de estudios este número incluye las intervenciones y ponencias de la Jornada sobre los Nuevos Desarrollos Normativos en Materia de Vivienda y Urbanismo, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona en octubre de 2004, y en esta ocasión su contenido sustituye al de la sección de informes de las asesorías jurídicas y al de la crónica de ordenanzas.

Las ponencias e intervenciones publicadas de esta jornada permiten conocer experiencias autonómicas relevantes y una visión desde el nivel estatal en materia de vivienda. En concreto, se analizó, como decíamos, la situación jurídica a escala estatal, en Aragón y Navarra, comunidades autónomas que cuentan con modernas legislaciones de vivienda, y en Cataluña, respecto de la que se realiza una ponderación amplia de las reformas en curso. Las intervenciones corren a cargo de gestores públicos y profesores universitarios, en ocasiones personas que tienen la doble condición, encabezadas con la visión sobre la cuestión de la vivienda realizada por el consejero de Medio Ambiente y Vivienda del Gobierno de Cataluña, Salvador Milà i Solsona, al que agradecemos el impulso y entusiasmo mostrados para la realización de la jornada y la publicación de las ponencias.

En definitiva, la jornada celebrada y las aportaciones efectuadas han de permitir una reflexión *cuantitativa y cualitativa* sobre la vivienda asequible, partiendo de la idea de desarrollo urbano sostenible, en sus tres vertientes económica, medioambiental y social.

La sección de “Estudios” sigue con una larga relación de trabajos en la línea de diversidad y adecuación a las necesidades del mundo local que orienta la dirección de la revista. El primer artículo, que realiza un reconocido especialista en la materia, Francisco Sosa Wagner, examina un tema tradicional que continúa siendo clave en el día a día de la actuación de los gobiernos locales, “La gestión de servicios públicos mediante una sociedad de capital íntegramente público y mediante una sociedad mixta”. El autor analiza el amplio abanico de cuestiones que plantean estas formas societarias cuando son instrumentos para la prestación de servicios públicos, abordando temas clásicos, siempre complejos, como la remisión al Derecho privado, la concesión como aportación o los posibles privilegios de la entidad como socio en la gestión mediante una sociedad mixta.

El magistrado del Tribunal Supremo Segundo Menéndez Pérez aborda “El requisito de publicación de los planes urbanísticos como condición de validez de las actuaciones administrativas. Tipología de situaciones”. Es la crónica de un conflicto en la interpretación del ordenamiento jurídico, entre los tribunales y las administraciones públicas, que se ha prolongado durante un larguísimo período de tiempo. Conflicto trufado de modificaciones legislativas polémicas y que ha planeado sobre la aplicación de los planes urbanísticos durante mucho tiempo, con una intensa repercusión económica. El estudio explica el proceso y sintetiza de manera precisa la posición jurisprudencial.

El magistrado David Ordóñez Solís, especialista reconocido en Derecho comunitario, desarrolla, bajo el sugestivo título “Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea”, el marco legal de las “ayudas de Estado” y los “fondos europeos”. El trabajo es una muestra de la relación entre el Derecho interno y el Derecho comunitario, vertebrada por la política nacional y comunitaria de subvenciones, desde la perspectiva del Derecho material aplicable, de las organizaciones administrativas nacionales y comunitarias de control y de la actuación de los jueces respecto de las ayudas de Estado, por un lado, y de la gestión de los fondos europeos, por otro.

El magistrado Dmitry Berberoff Ayuda desarrolla un trabajo con un título no menos sugestivo, “Aspectos generales del principio de precaución y su incidencia en el ámbito local”. El trabajo articula sus consideraciones a través de una idea principal: el reforzamiento jurídico de la vinculatoriedad del principio de precaución. Este proceso se está llevando a cabo a través de tres vías, que operan en forma simultánea y no excluyente. La primera, mediante su carácter de norma jurídica, en la medida que el principio está incorporado en textos de Derecho positivo; la segunda, a través de su triple función directiva, interpretativa e integradora de lagunas, que como principio general del Derecho debe reconocérsele, y la tercera, por la consideración que sobre el mismo destila la jurisprudencia que analiza su aplicación. Esta idea principal le permite desarrollar interesantes consecuencias sobre su incidencia en el ámbito local y sobre la posición que adoptan, o deberían adoptar, los tribunales en su aplicación.

El profesor universitario Javier Barcelona Llop, a su habitual rigor añade, en el trabajo que publicamos, el interés objetivo del tema que plantea, una cuestión que precisa de una reforma urgente basada en nuevos criterios. El trabajo “Dos aspectos del régimen jurídico de las policías locales en España: las funciones y la organización” se inicia con unas afirmaciones que debemos suscribir. El autor expresa: “No tengo ningún reparo con sumarme públicamente al grupo de los descontentos con el tratamiento normativo que las policías locales reciben en la España de comienzos del siglo XXI, pues creo que le pasa lo mismo que a algunas fincas rústicas; esto es, que es manifiestamente mejorable.” Sin duda que lo es, y a esta tarea, que deberá llevarse a cabo por el legislador y por los poderes públicos, el autor aporta no sólo el análisis de los dos primeros temas nucleares, las funciones y la organización, sino también una serie de propuestas para poner en marcha la reforma, planteadas como líneas de pensamiento para el debate público.

Un conocido experto, de muy larga experiencia en el mundo local, Romà Miró Miró, se atreve a trabajar una cuestión de difícil solución, de actualidad en el mundo urbano, cuyo parque inmobiliario residencial se encarece o se revaloriza a velocidad vertiginosa, según la perspectiva e interés en juego desde el que se examine. “El asedio inmobiliario. La dejación de obligaciones del propietario. Marco jurídico y posición de la Administración local” es el tema del trabajo y se aborda desde la vertiente penal y administrativa. Esta última prestando una atención especial al deber de conservación y a las órdenes de la Administración local para lograr su cumplimiento.

Àlex Peñalver Cabré, en su artículo “Nuevas tendencias sobre la inactividad administrativa en la aplicación de las sanciones ambientales”, analiza la posibilidad que ofrece el Derecho ambiental y la ampliación de la legitimación en el procedimiento administrativo sancionador para poder dar una respuesta en este ámbito a la inactividad administrativa. Rosa María Martín-Romo, letrada de la Excm. Diputación Provincial de Cáceres, corporación provincial que recientemente se ha incorporado como nuevo miembro de la Fundación Democracia y Gobierno Local, y a la que desde aquí damos la bienvenida, publica su trabajo “La nueva estructura de la función pública local: la creación de la Subescala de Gestión Administrativa y su incidencia en la promoción interna local”.

Domènec Sibina Tomàs

*Co-director del QDL y director de publicaciones
de la Fundación Democracia y Gobierno Local*

JORNADA SOBRE LOS NUEVOS DESARROLLOS NORMATIVOS EN MATERIA DE VIVIENDA Y URBANISMO

1. Estructura y objetivos de la Jornada sobre los Nuevos Desarrollos Normativos en Materia de Vivienda y Urbanismo

Juli Ponce Solé
*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

Lo que el amable lector o lectora tiene entre sus manos constituye el resultado de la Jornada sobre los Nuevos Desarrollos Normativos en Materia de Vivienda y Urbanismo, la cual tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el día 21 de octubre de 2004.

En estas breves páginas introductoras quisiera agradecer la colaboración de las entidades que hicieron posible en su día tal jornada y, en consecuencia, el resultado que se incluye en este número de la revista *Cuadernos de Derecho Local*. Asimismo, esbozaré cuál fue la estructura de la jornada y, por tanto, de las ponencias aquí recogidas para, finalmente, explicar qué objetivos se pretendían lograr con la misma.

En primer lugar, es preciso formular un capítulo de agradecimientos a todas las instituciones que hicieron posible la jornada del 21 de octubre de 2004. Por un lado, es necesario agradecer al Departamento de Medio Ambiente y Vivienda de la Generalidad de Cataluña y, en especial, a ADIGSA, la colaboración y el apoyo prestados en la organización de la jornada, la cual se materializó con la presencia del Sr. *conseller*, don Salvador Milà, del secretario general de Vivienda, don Ricard Fernández, y de la directora general de Vivienda, doña Carme Trilla. Por otra parte, también quisiera agradecer a la Universidad de Barcelona su apoyo, representado institucionalmente en la figura del decano de la Facultad de Derecho, don Miguel Ángel Aparicio, presente en la inauguración de la jornada, y también quisiera hacer

mención del importante apoyo logístico ofrecido por el Institut de Dret Públic.

Merece la pena recordar que la jornada cuyos resultados se publican ahora se enmarca en un proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología de tres años de duración, denominado “Derecho urbanístico y exclusión social: la lucha jurídica contra los guetos urbanos” (ref. BJU2003-09694-C02-02), el cual tengo el placer de coordinar. Dicho proyecto de investigación cuenta con la colaboración de destacados académicos de distintas universidades europeas y norteamericanas, de diferentes disciplinas además, entre las que, aparte del Derecho, se encuentra la economía y la arquitectura. En diciembre de 2004, unos meses después de la jornada que ahora se publica, tuvo lugar una segunda jornada internacional e interdisciplinar sobre las relaciones entre la cohesión social y territorial y las políticas públicas de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, jornada que también espero que pueda ver la luz en forma de publicación próximamente.

En segundo lugar, muy brevemente, me gustaría exponer algunas ideas esenciales sobre cuál fue la estructura de la jornada y la razón para que se diseñara de este modo.

En primer lugar, se intentó contar con experiencias autonómicas relevantes. En el caso catalán, contamos con una amplia visión de las reformas en curso, de la mano de las aportaciones de Carme Trilla, Dolors Clavell y Domènec Sibina. También se analizó la situación jurí-

dica en Aragón y Navarra –dos comunidades autónomas diferentes respecto al régimen de financiación y, por tanto, al modo de ejercicio de sus competencias en materia de vivienda, lo que creemos permite contar con una visión plural e interesante–, comunidades autónomas que cuentan con modernas legislaciones de vivienda, como inmediatamente se podrá comprobar a través de los artículos de los profesores Julio Cesar Tejedor Bielsa y Martín María Razquin. Tampoco se quiso dejar de disponer de una visión desde el nivel estatal, de ahí el artículo del profesor Marcos Vaquer. El profesor Baño León ofrece una personal visión de carácter transversal sobre una importante institución, los patrimonios públicos de suelo y su relación con las políticas públicas de vivienda.

Finalmente, me gustaría exponer cuáles fueron los objetivos perseguidos con la jornada celebrada. En primer lugar, creo que es importante destacar la oportunidad de la jornada y de los artículos aquí publicados en un momento trascendente de elaboración y modificación de normas en materia de vivienda y urbanismo, tanto en el nivel estatal (caso de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones) como en el autonómico.

El análisis que se desplegará aquí, como ya he tenido ocasión de exponer en otro lugar, se realiza en un momento en que la histórica ausencia de intervención pública decidida en materia de vivienda asequible, con una dedicación del PIB a este tema muy inferior a la media europea, parece estar dejando paso a un creciente interés ciudadano, político y administrativo sobre el tema.¹ El tradicional *liberalismo*, en palabras de la doctrina especializada, en este campo, en el que se ha dejado en manos del mercado la provisión de viviendas asequibles para la población, está siendo sustituido por un cambio en la intensidad y en el tipo de intervención pública, como iremos analizando.² Si se ha señalado que

la falta de interés en esta cuestión de las clases media-alta y alta y la existencia de potentes *lobbies* formados por operadores inmobiliarios y financieros pueden explicar esa histórica apatía respecto a la vivienda asequible en España, e incluso la negación directa de la existencia de problema alguno al respecto, también diversos fenómenos sociales y económicos pueden hacer que la vivienda, a medio plazo, deje finalmente de ser uno de los flancos más débiles del Estado social en España.³

Así, por ejemplo, la extensión del problema de la vivienda asequible a los hijos de la clase media y la constatación del incremento de los barrios en dificultad son realidades que pueden acabar imponiéndose.⁴ En este sentido, la creciente segregación urbana –ligada a fenómenos tales como el alto precio de la vivienda libre, la dispersión de la construcción sobre el territorio y las alteraciones en el modelo urbano tradicional, la debilidad de la intervención pública y la creciente inmigración extracomunitaria– y el peligro correlativo de surgimiento de nuevos y más problemáticos guetos urbanos pueden llegar a comprometer la propia cohesión social y parece que pueden estar empezando a hacer reaccionar a los legisladores.⁵ Desde el clásico entendimiento de la ciudad como un *sistema*, fenómenos como los aludidos no afectan sólo a sectores marginales de la población, sino que pueden llegar a comprometer la paz social y, en consecuencia, la vida de todo el mundo, en cualquier parte del tejido urbano.⁶

Utilizando la frase de un experto francés en el tema, podríamos decir que el futuro de la sociedad española se puede jugar en algunos barrios que “van mal”.⁷

Por otro lado, se puede encontrar en los artículos incluidos aquí una reflexión de conjunto sobre las relaciones entre el Derecho urbanístico, la vivienda y las políticas urbanas, realizándose una conexión entre un sector de la actividad pública y las grandes instituciones

1. Pueden confrontarse datos comparativos de España en relación con otros países europeos en TRILLA, C., *La política de vivienda en una perspectiva comparada*, Fundación “la Caixa”, 2001.

2. Un análisis histórico de la política pública de vivienda puede hallarse, por ejemplo, en *La política de vivienda en España. Análisis de sus efectos redistributivos*, Universidad de Granada, 2002. La referencia al liberalismo en materia de vivienda puede encontrarse en TRILLA, C., “L’estat del benestar i la família. L’habitatge per als joves”, en NAVARRO, V., (coord.), *L’estat del benestar a Catalunya*, Diputació de Barcelona, 2003, pág. 263 y ss.

3. BOSCH I MEDA, J.; GIBAJA I ESTEBAN, O., *L’habitatge a Catalunya en l’àmbit local: diagnosi, propostes i solucions a un problema creixent*, F. Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2004, págs. 64 y 148.

4. Es de gran interés la consulta del informe elaborado a instancias del Ministerio de Fomento en 2000 titulado *La desigualdad urbana en España*. Puede consultarse el texto de forma gratuita en: <http://habitat.aq.upm.es/duel/>. (Última consulta efectuada: 3 de febrero de 2005).

5. En el caso del Congreso de los Diputados, véase el Diario de Sesiones núm. 170 de 12 de junio de 2002, pág. 8558 y ss. El Pleno de la Cámara rechazó la moción consecuencia de la interpelación, la cual pretendía instar al gobierno estatal a la elaboración de un informe, de acuerdo con las comuni-

dades autónomas, que había que presentar en las Cortes, en el que se localizasen y describiesen los focos más graves de exclusión social en las ciudades españolas, así como se evaluase la eficacia de las políticas públicas desarrolladas entorno a esta cuestión.

6. Sobre la ciudad como un sistema, véase el clásico trabajo de JACOBS, J., *Muerte y vida de las grandes ciudades*, Península, Madrid, 1967 (edición original en inglés de 1961), pág. 449 y ss.

7. La frase original es la siguiente: “[...] l’avenir de la société française se joue, pour une part non négligeable, dans mille quartiers qui vont mal”. Corresponde a la obra de SUEUR titulada *Changer la Ville*, Editions Odile Jacob, 1999, París, concretamente a la página 25. Se trata de un libro que trae causa del informe elaborado por el autor (alcalde, presidente de la asociación de alcaldes de las grandes ciudades de Francia y secretario de Estado para las colectividades locales entre 1991 y 1993) a petición de Martin Aubry, con el aval del primer ministro francés. Dicho informe se tituló *Demain, la ville*, y fue entregado en 1998, participando en su elaboración un equipo de 26 personas. Puede consultarse su texto completo de forma gratuita en: http://www.jpsueur.com/home.php?num_niv_1=1&num_niv_2=8&num_niv_3=38&num_niv_4=104&num_niv_5= (última consulta efectuada: 3 de febrero de 2005).

y cuestiones transversales del Derecho público. Así, desde un aspecto competencial, se abordan los títulos competenciales estatales (entre ellos el delicado artículo 149.1.1 de la CE) que permiten la incidencia estatal en los ámbitos del urbanismo y la vivienda, análisis especialmente pertinente, sobre todo teniendo en cuenta el actual momento de reforma de algunos estatutos de autonomía, entre ellos el catalán. Otro aspecto que surge es el juego de la autonomía municipal y el papel de los municipios y de otros entes supramunicipales (de ámbito metropolitano y superior), lo que parece también especialmente interesante, en un momento como el actual de posible reforma de la organización territorial en comunidades autónomas como la catalana.

En cuanto a los aspectos materiales, las reflexiones aquí planteadas sugieren una necesaria reflexión sobre los tipos de intervención administrativa en el sector de la vivienda. Estos tipos de intervención, como es sabido, se reconducen a categorías generales bien conocidas (policía y fomento). Pero, en cuanto a la intervención de policía o limitación, los artículos aquí incluidos nos muestran cómo se está produciendo una utilización de instrumentos hasta ahora originales en este sector, como los registros de solicitantes (apreciable fuente de información sobre la demanda e instrumento de control de irregularidades). Y finalmente, aunque este aspecto exceda quizás del objeto de los artículos aquí presentados y requiera de futuros desarrollos dogmáticos, parece abrirse paso, cada vez con más fuerza, la idea de que la intervención pública en el ámbito de la vivienda protegida tiende a configurarse como un servicio público o, si se prefiere la terminología comunitaria, como un servicio de interés general, como es considerado en Francia e Italia,⁸ aproximándose este sector paulatinamente a los de la educación y la sanidad. Como señalaba hace años ya el profesor Bassols, “la orientación social que impone el artículo 47 de la Constitución del disfrute del bien vivienda transforma a dicho sector en un auténtico servicio público, que, si bien no se presta en régimen de monopolio, atribuye a los poderes públicos la facultad de ordenar e intervenir en todo el sector de producción y uso de la vivienda”.⁹

En definitiva, la jornada celebrada y las aportaciones efectuadas han de permitir una reflexión *cuantitativa* y

cualitativa sobre la vivienda asequible, partiendo de la idea de desarrollo urbano sostenible, en sus tres vertientes. Por un lado, la económica, tradicionalmente presente, desde el entendimiento de la vivienda como un potente sector económico, lo que ha fundamentado, sobre todo, estudios económicos basados en variantes cuantitativas. Por otro lado, la vertiente ambiental, también incorporada ya a los enfoques sobre vivienda, al ser el suelo un recurso natural y tener determinados modelos urbanos y modos de construcción conocidas repercusiones medioambientales (caso de la denominada *ciudad difusa*). Finalmente, la vertiente social del desarrollo urbano sostenible, menos presente en los estudios tradicionales dedicados a la vivienda y al urbanismo, al incorporar elementos *cualitativos*, aunque no por ello no medibles. Esta vertiente nos muestra cómo la vivienda y el urbanismo (y el Derecho que les acompaña) pueden ser elementos de agravación de la creciente segregación urbana asociada a fenómenos de exclusión social en marcha, antes aludidos, o, por el contrario, como las políticas urbanas y el Derecho que las articula pueden ser instrumentos para conseguir una sociedad más equilibrada y vivible, que permita hacer realidad la cohesión y la integración social.

Es, desde luego, con esta última esperanza con la que se impulsan actividades como la que ha originado las aportaciones que podrán leerse en las siguientes páginas. Contribuciones que vienen a enriquecer un bagaje doctrinal en auge en relación con la vivienda, sector, por cierto, tradicionalmente descuidado por la dogmática jurídico-pública, aunque existan, desde luego, valiosos estudios ya disponibles. Confiamos que los aquí incluidos puedan llegar a unirse a esa lista y puedan ser útiles por igual a estudiosos, operadores jurídicos y gestores públicos. ■

8. En Francia, véase el artículo L-411-2 del Código de la construcción y de la vivienda:

“Les organismes d’habitations à loyer modéré mentionnés aux alinéas précédents bénéficient d’exonérations fiscales et d’aides spécifiques de l’Etat au titre du service d’intérêt général défini comme: –la construction, l’acquisition, l’amélioration, l’attribution et la gestion de logements locatifs à loyers plafonnés, lorsqu’elles sont destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs à des plafonds fixés par l’autorité administrative; –la réalisation d’opérations d’accession à la propriété assorties de garanties pour l’accédant selon des conditions fixées par décret en Conseil d’Etat ou lorsqu’elles sont destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs à des plafonds fixés par l’autorité administrative; –les aliénations des éléments

de patrimoine immobilier réalisées en application des articles L. 443-7 à L. 443-14 ainsi que la gestion des copropriétés issues de ces aliénations; –les services accessoires aux opérations susmentionnées. Au titre de la mission d’intérêt général que constitue la recherche de la mixité sociale et de la diversité de l’habitat, les organismes d’habitations à loyer modéré peuvent exercer les compétences d’aménagement, d’accession et de prestations de services prévues par les textes qui les régissent.”

Respecto a Italia, puede consultarse URBANI, P.; CIVITARESE, S., *Diritto Urbanistico. Organizzazione e Rapporti*, G. Giappichelli, 2000, 232.

9. BASSOLS COMA, M., “Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978, en RDU, 85, 1983, pág. 32.

2. Inauguración de la jornada

Salvador Milà i Solsona
*Conseller de Medio Ambiente y Vivienda
de la Generalidad de Cataluña*

Digo que es una satisfacción para mí poder abordar hoy este tema, el del despliegue normativo de la política de vivienda, y el poderlo hacer desde la perspectiva de diferentes comunidades autónomas y también desde la política que desde el nuevo Gobierno del Estado se puede configurar en este ámbito.

Quisiera aportarles algunas reflexiones previas.

Se ha invocado el aspecto del derecho constitucional a la vivienda. Yo, cuando venía hacia aquí, también invocando mi condición de jurista y de ex alumno de esta casa, de esta facultad, pensaba que en pocos temas como en los de la vivienda se produce una confluencia de diferentes disciplinas jurídicas para poderlo abordar con integridad y con eficacia.

Es decir, que no podemos hablar de una legislación de vivienda, una legislación de vivienda acaba siempre siendo forzosamente adjetiva, coyuntural, más programática que efectiva. ¿A qué me refiero? Para abordar con posibilidades de éxito una política de vivienda, especialmente una política de vivienda que quiera hacer realidad este principio constitucional del derecho de todo ciudadano al acceso a una vivienda digna, tiene que incidir necesariamente en diferentes disciplinas jurídicas muy complejas, y, además, intentar coordinarlas. Ante todo, tendrá que incidir en aspectos de Derecho público, de Derecho administrativo, como es evidentemente la legislación urbanística.

La legislación urbanística y la legislación local para mí son la clave. No hay derecho a la vivienda si previamente no hay suelo sobre el que construir una vivienda, y con unas condiciones que permitan conseguir el objetivo de precios que se pretenda en esta vivienda, porque en definitiva de lo que acabamos finalmente por hablar

en el término de políticas de viviendas es siempre cuánto cuesta acceder a este derecho a la vivienda. Y luego me referiré a las modalidades.

Por tanto, el primer elemento fundamental es cómo se forma suelo que admita la construcción de la vivienda. Y luego me extenderé sobre este tema brevemente. El segundo aspecto tendrá que ver también con temas de Derecho público financiero. Es muy difícil hacer una política de vivienda si no tenemos en cuenta los criterios de financiación, los criterios de garantía hipotecaria o de otras formas de garantía que inciden, y por lo tanto, si no incidimos en los aspectos de la política financiera y presupuestaria del Estado en temas de política económica como son el tema de los tipos de interés, y si no incidimos incluso en el derecho hipotecario, es decir, cómo esta vivienda y las diferentes modalidades de acceso a la vivienda y las diferentes garantías tienen acceso al Registro de la Propiedad, y en definitiva, inciden en el Derecho hipotecario. Y tiene que ver incluso, también, con la sociología, a la que luego me referiré. Es decir, es difícil poder acertar una política de vivienda si no se tiene en cuenta qué es lo que el ciudadano y la ciudadana, los ciudadanos, expresan en su deseo al acceder a este derecho, porque como en nuestro país tenemos mucha experiencia, también el ciudadano expresa, alrededor del tema de la vivienda, una cierta expectativa de modelo de vida, de cómo proyecta el ciudadano o la ciudadana su relación con lo que sería la estabilidad familiar, su proyecto vital, su proyecto de familia, de núcleo familiar y de evolución a través del curso de la vida.

Y si no se tienen en cuenta estos elementos sociológicos, incluso los aspectos de seguridad personal, que

en nuestro país han ido siempre muy asociados a la idea de patrimonio, a veces nos equivocaremos en el concepto de si damos realmente satisfacción a lo que el ciudadano espera en relación con este derecho de la vivienda, y por lo tanto también tendrá mucho que ver incluso con la cultura de un país. No se entienden las políticas de vivienda en diferentes países europeos si no se diferencia la distinta relación que el ciudadano tiene con esta vivienda, porque cuando hablamos de derecho a la vivienda, ¿de qué hablamos? Hablamos del derecho a tener un techo en cada etapa de la vida, independientemente de cuál sea la relación jurídica que tengamos con este techo o hablamos –como sucede en nuestro caso– del derecho a la propiedad, y en nuestro país, y en nuestra cultura mediterránea, básicamente todavía, yo diría que cada vez menos pero todavía, el derecho a la vivienda se asocia al derecho al patrimonio, el derecho al ahorro familiar, el derecho a tener una seguridad, algo que nos permita superar periodos inciertos de nuestra vida en que la vivienda se convierte en el último refugio, en el que en definitiva siempre podremos tener una garantía patrimonial. Y todos estos aspectos sociológicos de política económica y financiera, de aspectos de fiscalidad, que también inciden fundamentalmente.

Cuando hablamos de política de vivienda, siempre miramos a la Ley de presupuestos del Estado y a la Ley de acompañamiento en cuanto se hace, en todo caso a la Ley de medidas económico-financieras y tributarias para ver cuál será la tributación de la vivienda, cómo desgravará y a qué desgravará las políticas de vivienda en un momento determinado. Y por último, y fíjense que digo y por último, vienen las políticas yo diría casi de acompañamiento, paradójicamente. Las políticas de vivienda, propiamente de vivienda, los decretos de vivienda son básicamente programas de actuación, son programas de actuación que cada gobierno, cada legislatura, como mínimo habríamos de aspirar que fuera en cada legislatura, un gobierno determinado decide establecer una serie de medidas para estimular o frenar determinado mercado, para estimular o desincentivar formas específicas de acceso a la propiedad, para estimular o desincentivar determinadas formas de promoción de vivienda y suelo, etcétera. Es decir, son políticas coyunturales que cuanto más largo alcance tengan, mejor, pero que se verán, no nos engañemos, se verán condicionadas con los vaivenes de la política económica de la situación económica general, de la situación de la ocupación, de la situación fiscal, de la situación crediticia en un país, de cómo evolucionan los tipos de interés, etcétera.

Simplemente les quería dejar con esta reflexión, porque entonces se trata de entrar a enfocar o explicar las políticas, los programas, yo creo que son los programas, de vivienda y suelo en cada periodo histórico determinado, y en el caso que nos ocupa el de la coincidencia

entre el programa diríamos del gobierno de la Generalidad y de otras comunidades autónomas para este próximo cuatrienio incardinándolo con la política de vivienda que promueva el Gobierno central y para ver cómo podemos lograr, yo diría casi de una vez por todas –porque ha sido muy difícil hasta ahora– un cierto marco de coincidencia, un cierto marco de concertación, poniéndonos de acuerdo en los objetivos a alcanzar –que esto es lo importante, los objetivos a alcanzar–, cómo a partir de ahí territorializamos esos objetivos, los adaptamos a la realidad sociológica, económica, urbana, de trabajo, del mercado hipotecario, etcétera, de cada una de esas comunidades autónomas y cómo nos permitimos trabajar mutuamente a partir de estos criterios de concertación; es decir, respetando la autonomía y la capacidad plena que tienen las comunidades autónomas para decidir sus políticas de vivienda con la capacidad, y yo diría la responsabilidad, del Estado de dar este marco normativo general, el que diríamos el de la unidad de mercado, en términos constitucionales, que nos permita realmente desplegar estas políticas.

Y por tanto me voy a referir más a este desiderátum respecto al Estado que al de la política que vamos a hacer de cada una de las comunidades autónomas. Para terminar diciendo que, o logramos de una vez por todas que se entienda que el problema fundamental para poder hacer políticas de acceso a la vivienda es el problema de la formación del valor del suelo, del valor urbanístico del suelo, o no nos saldremos de ahí. En la asamblea anual del Colegio de Registradores de España, que se celebraba antes de ayer en Santiago de Compostela, a la que asistió el secretario general de la Vivienda, el decano de los registradores de España, el buen amigo Méndez, decía: no nos engañemos, el problema del precio de la vivienda es el precio de venta de la vivienda.

Parecía un retruécano, una reiteración, y es así. Es decir, sabemos que la vivienda se vende siempre por un euro más que la última vivienda que se haya vendido, y que los mecanismos de formación del precio están condicionados por aquello que el ciudadano, a partir de sus ingresos familiares, a partir de la hipoteca que le van a conceder, y a partir sobre todo de los plazos de amortización que va a tener, sean veinte, veinticinco, treinta años, puede asumir el salario familiar destinar este treinta, cuarenta, cincuenta por ciento incluso que están destinando de sus ingresos a la adquisición de la vivienda.

Por lo tanto, la única manera en que podemos incidir en políticas de vivienda es, por una parte, dado que los costes de construcción sabemos que están perfectamente controlados, y en todo caso evolucionan en la misma forma que cualquier otro sector productivo, el del automóvil, cualquier otro, en virtud de las materias primas, de los salarios, etc., el problema clave es lo que se llama el valor residual del suelo, la incorporación que

realiza el suelo de las expectativas que la simple posibilidad de que este terreno sea edificable traslada a un valor inicial que no podría ser otro que su valor propio como su capacidad productiva, como suelo agrícola, como suelo de cualquier otro tipo. Por tanto, o una política de ley de valoración y régimen del suelo que nos permita a las administraciones locales y autonómicas formar patrimonios de suelo en los que la incidencia de este valor no sea otro que el valor inicial del suelo y que se incorporen sólo a los costes los costes legítimos, que serían los de urbanización, los de dotación, de equipamientos, de servicios, de saneamiento, etcétera, etcétera, más los costes de producción, si no logramos incidir en este valor inicial del suelo y que todo proceso urbanístico sea eso, un proceso urbanístico y no un proceso de formación artificial de valor a partir de la nada, no podremos salirnos de estas políticas.

Y segundo elemento, desde nuestro punto de vista en Cataluña, incidir desde la Administración pública en lo que llamamos nosotros los segmentos desatendidos de la demanda, cada vez mayores sectores sociales, no insolventes, no de pobres de solemnidad, sino de personas normales y corrientes que tienen un trabajo, pero un trabajo precario, un trabajo de salario reducido, se ven excluidos del mercado, es decir: hay una demanda insatisfecha.

Nuestra obligación, creemos, una vez hayamos conseguido que haya buenas políticas urbanísticas y de formación de patrimonio del suelo y de valor del suelo, que esto es una competencia estatal en la que queremos incidir, en la que nos queremos concertar, pero el otro instrumento de estas políticas normativas de suelo desde nuestro punto de vista es sobre todo poder incidir en las políticas de demanda insatisfecha, es decir, de poder cubrir aquellos segmentos sociales que tienen derecho a esta vivienda en las diferentes etapas de la vida teniendo en cuenta su composición familiar, su nivel de ingresos, su situación de movilidad territorial, y satisfacer estas demandas a precios asequibles, ya sea en propiedad o en alquiler, fomentando, prestigiando, la figura del alquiler, y poniéndolo naturalmente a unos precios que realmente permitan escoger entre opción compra con adquisición a precio diferido con hipoteca o alquiler. Porque si las cuotas, como sucede ahora, de la amortización del crédito y la renta mensual tienen un diferencial del cinco, del diez por ciento, nadie es tan tonto, si me lo permiten, de hacer el pequeño esfuerzo que como mínimo le permitirá patrimonializar algo y tener unos ahorros. Por lo tanto, hay que hacer una política de atención a la demanda insatisfecha creando productos que no sitúen al ciudadano en la tesitura de convertirse en propietario *malgré lui*, de tener que entrar en la rueda del crédito a treinta, a cuarenta años *malgré lui*. Que si quiere, pueda, y que además tenga una oferta también de vivienda de protección oficial de acceso en

propiedad con garantías suficientes, con cuotas que no le supongan hipotecarse la vida, pero que creen también otras figuras para sectores jóvenes, para sectores profesionales, para sectores que simplemente hayan planteado otra forma de vida, otro modo de vida que pase por la movilidad familiar o social, por la movilidad territorial o por destinar sus ahorros a otra cosa que no sea la adquisición de la vivienda.

Si logramos atender, crear este producto, y no sólo crearlo desde la iniciativa pública sino con la colaboración de la iniciativa privada, de los movimientos cooperativos, de los movimientos asociativos, de la propia actuación de las administraciones locales, en este momento desconflictivaremos el tema de la vivienda, si me permiten, lo vamos a desacralizar.

Hay que conseguir que cualquier ciudadano sepa que, sea cual sea, el avatar de su vida personal, profesional, familiar, podrá acudir, si me permiten, a un mercado público-privado en el que su demanda de techo podrá quedar satisfecha a la medida de sus necesidades en este momento y, por lo tanto, no tiene que vincular su futuro personal, familiar o profesional a una vivienda situada en un punto determinado.

Eso tendrá una trascendencia fundamental en términos de movilidad, de planificación territorial, de flexibilidad laboral, y un largo etcétera. Por tanto estamos hablando (y con esto termino) de una política clave que puede cambiar la sociología de este país, que puede cambiar su economía, pero que sobre todo tiene que dar satisfacción a un derecho constitucional para el que reclamaríamos que pasara del capítulo de los desiderá-tums, es decir, de las políticas exigibles, pero sólo en la medida en que cada gobierno quiera cumplirlas a una política de exigibilidad de los mismos derechos fundamentales de la persona, como son el derecho a la libertad, a la seguridad, etc. Es decir, las del capítulo primero. Éste tendría que ser nuestro objetivo constitucional, que este derecho llegue un momento que sea realmente exigible y que se pueda realizar por todas las vías y que las administraciones, más allá de los avatares políticos y coyunturales de una legislatura u otra legislatura, hayan creado esta base diversificada de oferta de este bien básico que sea la vivienda que permita ya entrar a una etapa histórica distinta. Muchas gracias. ■

3. Bases de reflexión para una política de vivienda en Cataluña

Carme Trilla i Bellart
Directora general de Vivienda de la Generalidad de Cataluña

1. Política de vivienda y ciclo inmobiliario.
2. Ampliación del ámbito de la política de vivienda y racionalización de los instrumentos.
3. Descentralización de la política de vivienda en el Estado de las autonomías.
4. Líneas de intervención en materia de vivienda en Cataluña.

Dada la complejidad del problema y el momento en el que nos encontramos, calificable de crucial, parece oportuno plantear algunas reflexiones de carácter general que pueden ayudar a enmarcar y dar sentido a los instrumentos y propuestas concretas.

Por esta razón, de forma previa a la descripción de los planteamientos de la política de vivienda de Cataluña para el período 2004-2007, parece interesante ofrecer unos apuntes sobre la interacción –o no– de la política de vivienda y el ciclo inmobiliario, sobre la necesaria revisión radical de los instrumentos en los que se ha basado la política de vivienda de los últimos casi diez años, muy especialmente de cara al replanteo del Plan de la vivienda del Gobierno central, y sobre todo al nivel de descentralización conseguido por la política de vivienda después de casi veinticinco años de atribución de competencias “exclusivas” a las comunidades autónomas en este ámbito.

1. Política de vivienda y ciclo inmobiliario

Es sabido que el sector de la vivienda en España atraviesa un ciclo expansivo de gran potencia desde el año 1997 hasta hoy, probablemente uno de los más expansivos y de mayor duración de nuestra historia documentada. En la mayoría de las zonas del territorio la producción de viviendas consigue niveles muy superiores a los estrictamente necesarios para satisfacer las necesidades primarias de alojamiento de la población.

Ante una situación de estas características se podría afirmar que la política de vivienda no es necesaria si por política de vivienda se entendiese la estricta necesidad de intervención pública para fomentar la actividad constructiva y lograr con eso dos objetivos fundamentales como son el pleno uso de la economía y el equilibrio cuantitativo entre necesidades de vivienda de la población y número de viviendas producidas. Las múltiples razones que han animado la demanda de vivienda durante estos años, entre las que destaca el enorme despliegue de recursos financieros, han logrado dinamizar el sector prácticamente sin intervención pública, o cuando menos sin casi intervención de gasto público directo. Técnicamente, desde luego, deberíamos considerar como elemento indiscutible de estímulo de la demanda la desgravación fiscal del IRPF por compra de la vivienda habitual. No obstante, faltan estudios que avalúen la importancia real de este factor en esta última fase alcista del ciclo, cosa que, dicho sea de paso, sería de la máxima utilidad para adoptar con serenidad las necesarias medidas reequilibradoras correctoras de la eficiencia del gasto público en vivienda.

Pero el mercado, que ha sido capaz de ofrecer vivienda a amplias capas de la población, aunque con precios creciendo casi quince puntos por encima de la inflación anualmente, no ha sido capaz de ofrecer vivienda a

todos los sectores de la población que lo necesitan: ha sido ineficiente en su cometido de atender a toda la demanda y ha estado inequitativo en la distribución de la producción. A medida que ha ido avanzando el ciclo, la rendija abierta entre población solvente para el mercado y población insolvente, que durante el año 1997 apenas era perceptible, se ha ido agrandando y ha ido generando una bolsa de demanda insatisfecha que emerge hoy como uno de los problemas de mayor sensibilidad social en nuestro país.

Por este motivo, si bien no es estrictamente necesaria una política de vivienda desde el punto de vista de fomento de la actividad, sí se ha hecho imprescindible una política de vivienda correctora de las ineficiencias y desigualdades del mercado. Que no es fácil abordar esta tarea es una verdad reconocida por todo el mundo. Sin duda, la dificultad se deriva del hecho que sin ninguna renuncia colectiva a la situación de fuerte revalorización conseguida por todos los activos inmobiliarios no será posible corregir las tendencias segregadoras y será irrecuperable de cara al futuro la provisión de viviendas a precios aceptables por todo el mundo. Serán necesarios cambios en cierta medida radicales en algunos ámbitos hasta hoy sacralizados para ajustar la producción de viviendas a las necesidades de todos los sectores de la población.

Pero eso no se debe confundir con una agresión contra la vitalidad actual del sector, como algunas opiniones parecen apuntar; las medidas de política de vivienda en las que están trabajando hoy las diferentes administraciones públicas no se dirigen a frenar la actividad constructiva sino a paliar los desajustes que esta actividad va dejando por el camino y, en definitiva, van dirigidas a recuperar una demanda que, sin apoyo público, ha ido quedando fuera del alcance de la actividad constructiva libre. Con toda probabilidad, si en los próximos años se entrase en una fase de moderación de la actividad del sector de la edificación residencial, influirían de manera mucho más contundente cambios en las condiciones que hoy determinan la fortaleza de la demanda, que la política de vivienda correctora de desajustes en la que hoy se está trabajando, aunque sean nuevas y radicales las medidas que se adopten. Se puede afirmar que se está trabajando en una política mucho más protectora que agresora, por lo que deberá redundar en una mejor satisfacción de las necesidades de todos, es decir, que hará avanzar hacia un óptimo colectivo superior.

2. Ampliación del ámbito de la política de vivienda y racionalización de los instrumentos

La política de gasto público en vivienda en el último tercio del siglo xx en España se ha basado básicamente en los planes estatales de vivienda, dirigidos a las capas de

población comprendidas entre 2,5¹ y 5,5 veces el salario mínimo interprofesional, o para ser más precisos, entre 2,5 y 3,5 el salario mínimo interprofesional, ya que entre 3,5 y 5,5 sólo se ha considerado la obtención de préstamos convenidos (sin subsidiación de intereses y sin subsidiaciones públicas).

Es decir, que podría afirmarse que en los últimos veinticinco años la política de vivienda se ha limitado a unas capas de población de rentas medias bajas, a lo que se debería añadir una atención –ciertamente escasa– de capas de población de rentas bajas con promoción pública de vivienda e inversión directa prácticamente exclusiva de las comunidades autónomas.

En el momento actual, y después de la extraordinaria fase de inflación inmobiliaria, uno de los principales retos de la política de vivienda ha de ser la ampliación de su espectro. La apertura del abanico de cobertura, por un lado, para recoger segmentos de demanda de rentas medias desatendidas por el mercado –crecientes a medida que han ido pasando los años sin intervención pública– y, por otro lado, para incluir dentro del marco global de la política de vivienda a los segmentos más sociales, hasta hoy mantenidos fuera y considerados estrictamente como beneficiarios del ámbito de la asistencia social.

Los dos polos desatendidos, el de rentas más altas y el de rentas más bajas, presionan inútilmente sobre los instrumentos clásicos de la política de vivienda, ya que hoy no es posible atender toda la demanda generada con protección oficial porque su volumen es extraordinariamente bajo en muchas zonas de España, y presionan también ineficientemente, porque la protección oficial clásica no fue concebida con estas finalidades.

Por estas razones no es posible diseñar hoy planes de vivienda que no piensen en la provisión de vivienda protegida con un armazón más amplio y complejo que contenga instrumentos nuevos de vivienda asequible para capas medias de población con ingresos bajos.

3. Descentralización de la política de vivienda en el Estado de las autonomías

Otro aspecto que se debe considerar a la hora de diseñar las políticas de vivienda en España de cara al siglo XXI es el proceso de descentralización que de manera gradual se ha ido produciendo, desde una intervención casi exclusiva de la Administración central, a una toma de posición creciente de las comunidades autónomas, que ha conducido a una forma de proceder

hoy con gran capacidad de gestación de políticas en el ámbito autonómico fuertemente arraigada y consolidada.

La declaración constitucional de la competencia autonómica en materia de vivienda como una competencia exclusiva comenzó siendo una mera formulación programática, pero ha ido tomando cuerpo real a lo largo de los veinticinco años y, de una manera muy especial, a partir de mediados de los años noventa, casi como reacción de supervivencia a la pérdida de la vitalidad de los planes de vivienda del Gobierno central.

De esta manera, lo que al principio eran tímidos complementos autonómicos de subvenciones a los planes estatales, ha ido derivando hacia complejos entramados de instrumentos autonómicos propios que se yuxtaponen a las medidas del plan central, constituyendo cada vez más planes integrales de intervención. Lo que eran aportaciones de recursos presupuestarios autonómicos simbólicas, han ido creciendo con el paso del tiempo y han llegado a alcanzar una importancia semejante o manifiestamente superior en algunas comunidades autónomas a los recursos que provienen de los presupuestos generales del Estado.

Así, el diseño de los planes de vivienda de alcance estatal solamente puede concebirse hoy a partir de un diálogo fructífero entre comunidades autónomas y Gobierno central. El reconocimiento de la diversidad territorial y la ductilidad de los instrumentos generales o de su procedimiento de aplicación para adaptarse a las líneas de trabajo que las comunidades autónomas han ido estableciendo, deberán constituir dos principios orientadores de la normativa estatal, si se quiere asegurar la máxima eficacia social y política en cada comunidad. Todo eso lleva a un necesario debate sobre la determinación de cuáles deben ser los parámetros que garanticen la igualdad de oportunidades efectiva de todos los ciudadanos del Estado ante la vivienda, a pesar de que las realidades a las que se debe hacer frente sean diversas. Y también a un necesario debate sobre la forma de administración interna de los planes de vivienda que permita la máxima flexibilidad entre actuaciones, de manera que los objetivos fijados por cada comunidad puedan cubrirse de forma ágil en el tiempo. La fijación de programas desajustados a la realidad de cada territorio conducirá cada vez más a un fracaso de la política de vivienda en este territorio y, por lo tanto, en el conjunto del Estado. Por contra, el éxito de los programas –diversos, puede ser– en cada territorio será el éxito global de la política de vivienda del Estado.

1. A pesar de que unos ingresos mínimos no han sido oficialmente exigidos, el simple hecho de basar las ayudas en préstamos ha descartado de

facto a la población que no ofrece unos mínimos de garantía para las entidades financieras.

4. Líneas de intervención en materia de vivienda en Cataluña

La estructura actual del sector de la vivienda y del mercado inmobiliario en Cataluña no permite dar una solución adecuada a las necesidades de alojamiento de las capas de población con rentas medias o bajas, o con características y problemáticas específicas que las alejen de los mecanismos de oferta del mercado. Ni tan sólo la opción de alquiler es hoy una solución para estos hogares, ya que la oferta de alquiler es muy reducida, y además, se ve marcada por el proceso inflacionista general del mercado.

La experiencia ha demostrado que desde la segunda mitad de los años noventa no ha funcionado la promoción de viviendas de protección oficial. Los porcentajes de cumplimiento de los objetivos previstos y convenidos con el Ministerio de Fomento han sido reiteradamente bajos en el ámbito de la promoción protegida, a pesar de que los objetivos se han ido reduciendo continuamente. El cumplimiento global de los planes sólo se ha salvado por el gran incremento de expedientes de ayudas a la rehabilitación de viviendas, que han permitido cubrir los déficits en las otras líneas de convenio.

Por hacer frente a esta situación, el Gobierno de la Generalidad de Cataluña aprobó, en el mes de mayo de 2004, las líneas maestras del Plan por el derecho a la vivienda 2004-2007, que surge con los objetivos políticos de dar respuesta a las necesidades de la población y de asumir desde Cataluña con voluntad decidida el ejercicio efectivo de la competencia exclusiva en materia de vivienda que otorga la Constitución y el Estatuto de autonomía, mediante la aportación de los recursos organizativos, legales y presupuestarios necesarios por estructurar un esquema coherente y operativo que integre todas las medidas de fomento de la vivienda en Cataluña, coordinado pero no subordinado a los objetivos del plan impulsado por el Gobierno central, y a los recursos, necesarios, pero siempre complementarios que se obtengan de la Administración central.

Este plan por el derecho a la vivienda ha comenzado a concretarse en tres normas: la Ley de reforma de la Ley de urbanismo de Cataluña, ya aprobada por el Parlamento, y publicada en el *Diario Oficial de la Generalidad*, los decretos 454/2004 y 455/2004, aprobados el 17 de diciembre, y acabará de completarse con la Ley de la vivienda de Cataluña que se prevé para el primer trimestre de 2005.

La nueva Ley de urbanismo, en los apartados que se refieren a vivienda, avanza en la configuración de las reservas de suelo para vivienda protegida, ampliando las exigencias actuales del veinte por ciento para vivienda de protección oficial, con un diez por ciento adicional para viviendas con algún tipo de protección, y hace estas reservas exigibles en cualquier planeamiento

urbanístico derivado a desarrollar de los municipios de más de diez mil habitantes o capitales de comarca. La ley exige que las reservas no se concentren en zonas determinadas, y prevé como causas de expropiación el incumplimiento de los plazos de edificación de vivienda protegida en los suelos reservados.

Por su parte, el Decreto 454/2004, de despliegue del plan, tiene como objetivos establecer un conjunto de medidas de refuerzo y de fomento de las diversas figuras de vivienda asequible en Cataluña, protegida y concertada, de prevención de la exclusión social residencial, de mediación en el mercado de alquiler social, de movilización del parque desocupado, y de rentabilización del parque de alquiler existente, para incrementar la oferta de alquiler. El decreto establece que toda la vivienda nueva que se produzca en Cataluña a partir de su entrada en vigor se deberá acoger a un nuevo régimen jurídico y de transmisiones, que dará respuesta a la necesidad de preservar las nuevas viviendas de la tentación especulativa, a la necesidad de que los que acceden a las nuevas viviendas sean personas o hogares que los necesiten más justificadamente y a la necesidad de reducir al mínimo la pérdida de control de las administraciones públicas sobre los suelos de titularidad propia. El decreto alarga la duración del régimen de protección de las viviendas a noventa años, con prohibición de descalificar a petición de los propietarios; establece las condiciones de acceso a las viviendas protegidas y los mecanismos de control de las transmisiones de las viviendas, distinguiendo entre la construcción sobre suelos cuya calificación urbanística obligue a destinarlos a alguna modalidad de protección y sobre suelos libres.

El Decreto 455/2004, que regula el Plan de rehabilitación de Cataluña, crea un marco propio de intervención con la introducción de la obligatoriedad de la realización de un dictamen técnico de los edificios (TEDI) como requisito previo a la obtención de cualquier ayuda, que permita avanzar hacia la disposición de una base de datos del estado de conservación del parque de edificios de Cataluña, y disponer de un instrumento objetivo de selección de las actuaciones subvencionables.

Además de la actuación directa de la Generalidad, toda la nueva normativa entiende que los ayuntamientos deben jugar un papel decisivo. La importancia de la vivienda en relación con las políticas urbanas, sociales y de desarrollo, hace que los municipios se sientan cada vez más responsables y que, por lo tanto, soliciten instrumentos para su actuación en campos como, por ejemplo, el de la inmigración, el de la vivienda joven o el de la atención a la tercera edad. Por este motivo, el nuevo Plan por el derecho a la vivienda propone una decidida participación local, y un decidido apoyo a las iniciativas locales, mediante la fórmula de convenios Generalidad-ayuntamientos, con aportación importante de recursos por las dos partes.

También, en los últimos años, el tercer sector y las entidades sociales sin ánimo de lucro especializadas en mediación para el acceso a la vivienda, han desarrollado una función importante en la línea de dar apoyo al acceso a la vivienda a determinados colectivos sociales que, por diversas razones, tienen una especial dificultad en este ámbito. Estas entidades, en colaboración con las diferentes administraciones, juegan un papel clave para la creación de un parque de vivienda y de alojamiento social en Cataluña. El nuevo plan incorpora la actividad desarrollada por estas entidades como base operativa de los programas de carácter más social, y pone a su alcance ayudas de apoyo financiero y de funcionamiento a través de la llamada Red de Mediación en el Alquiler Social. ■

4. Medidas legislativas para una nueva política de vivienda

1. Introducción.
2. Aprobación de la Ley 2/2004, de mejora de barrios, áreas y pueblos degradados.
3. Modificación de la Ley de urbanismo 2/2002.
 - 3.1. ¿Cuál ha sido tradicionalmente la política de suelo relacionada con la vivienda?
 - 3.2. ¿Cuál es la política que se aborda con la modificación de la Ley de urbanismo?
 - 3.2.1. Mejora de la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda.
 - 3.2.2. Introducción efectiva e inmediata de las reservas en el planeamiento, impidiendo la concentración de la vivienda protegida.
 - 3.2.3. Creación de un nuevo sistema urbanístico.
4. Elaboración de una nueva Ley de la vivienda.

Dolors Clavell Nadal
Diputada de ICV-EA en el Parlamento de Cataluña

1. Introducción

Sobre todo desde la segunda mitad de los años noventa puede observarse que las políticas públicas de vivienda no permiten parar el grave proceso de *inaccesibilidad* de la población al bien de primera necesidad que es la vivienda. Además, muchas de las personas que han adquirido una vivienda lo han hecho al límite de su capacidad económica, renunciando así a destinar sus ingresos a otras finalidades que les interesan individualmente y también interesan a la comunidad (actividades de ocio, intelectuales, de socialización, etcétera).

Por otra parte, estamos inmersos en procesos de *segregación urbana*, provocados por una creciente concentración de poblaciones desfavorecidas en espacios concretos de nuestro territorio, caracterizados por su degradación física y social, con una frecuente generación de racismo ante este abandono; mientras en otros espacios se desarrollan los barrios ricos o como mínimo menos estigmatizados.

A partir de este breve diagnóstico, cada vez menos cuestionado, el objeto de la presente exposición es compartir qué se está planteando un país como Cataluña cuando tiene la ilusión de impulsar cambios lo más estructurales posible para hacer frente a esta realidad que no queremos aceptar como irremediable.

Para pensar en alternativas, lo primero que tenemos que hacer es analizar cuál ha sido el modelo de intervención que aún hoy tenemos en materia de vivienda. Y la conclusión es que no podemos decir que no haya habido política de vivienda. Entendemos que ha habido, pero sencillamente no ha sido una política pública, sino que ha partido de que la provisión de este bien es esencialmente una actividad del mercado y que lo único que hay que prever desde la Administración son estímulos, medidas de fomento que ayuden a que este mercado construya también viviendas a precios asequibles.

La opción tradicional ha sido, pues, ofrecer ayudas para que se hagan viviendas a precio asequible (viviendas protegidas) y para que se puedan comprar; viviendas que pasado un tiempo se incorporan al mercado libre y, por lo tanto, han significado simplemente una vía de inclusión en el mercado de personas que no habrían accedido. A pesar de que esta opción se pensó más para garantizar la demanda de viviendas en épocas de crisis, no podemos decir que no haya sido una buena fórmula; incluso podemos reconocer que en otras épocas ha sido un buen instrumento (muchos de los edificios de nuestros pueblos y ciudades se construyeron con este mecanismo de la ayuda a pública y han hecho su papel).

Pero ha llegado un momento en que la potencia del mercado libre es tan grande que no hay ayudas posibles que puedan estimular la producción específica de viviendas a precio asequible. Y se sigue edificando con

índices nunca vistos, pero sin que los promotores se acojan a la posibilidad de construir viviendas protegidas.

A la vista de esta realidad, creemos que la única alternativa viable –asumiendo con desagrado que se trata de una política a medio-largo plazo (la más inmediata sería la fiscal)– *es crear un auténtico parque de vivienda asequible paralela al mercado, lo más grande posible, y que se rija por unas normas específicas*. Y para lograr esta finalidad consideramos que:

a) No podemos aplicar sólo medidas de mero fomento a la construcción de vivienda protegida, sino que hace falta un grado más elevado de intervención.

b) El parque de vivienda asequible debe ser amplio, porque si es muy mísero no supondrá ningún cambio a la situación, no sólo porque no contrarrestará el incremento continuado de precios en el mercado libre, sino porque el propio parque no permitirá atender a las diferentes necesidades. Cuando hablamos de un parque de vivienda asequible ya no podemos referirnos a clases marginales sino a clases bajas y también medias, cuyas necesidades no atendemos solamente permitiendo *un* acceso en un momento de la vida sino que deberemos prever que cambiarán de vida (separaciones, maternidades...) o de lugar donde vivir (movilidad laboral...). Si no logramos un parque amplio no podremos dar respuesta a estas necesidades básicas.

c) Finalmente, no queremos que este parque se centre en determinadas áreas y que genere procesos de segregación urbana.

Si los objetivos han quedado explicitados, seguidamente exponemos cómo nos planteamos conseguirlos. Nos limitaremos al análisis de las medidas de cariz legislativo, que pasan por la aprobación de la Ley 2/2004, de mejora de barrios, áreas degradadas y pueblos que requieren una atención especial, la modificación de la Ley de urbanismo 2/2002 y la elaboración de la nueva Ley de vivienda.

2. Aprobación de la Ley 2/2004, de mejora de barrios, áreas y pueblos degradados

Se trata de una vía adscrita pura y simplemente a invertir con intensidad en aquellos barrios en los que se han observado deficiencias que generan degradación física y exclusión económica y social. Queremos abordar la mejora y transformación de la ciudad construida, por contraste con la idea tradicional de expansión urbanística, por un lado, y abandono del que ya existe, por el otro.

Habrà una convocatoria anual para la obtención de las ayudas (ahora se ha adjudicado la primera para trece barrios), y se parte de la cooperación entre la Administración local y el Gobierno catalán. Los criterios de evaluación de los barrios escogidos se basan en su problemática urbanística, déficit de equipamientos y servi-

cios –también transporte público–, y también de las características demográficas y los problemas sociales (paro, muchas personas con pensiones asistenciales, exclusión...).

Este tipo de intervenciones no es fácil y, más allá del esfuerzo económico, requerirán un seguimiento cuidadoso de las diferentes experiencias. Con eso se debería ir elaborando una recopilación de buenas prácticas que nos permitiese ir corrigiendo los métodos de trabajo. Pero indudablemente el camino es acertado.

3. Modificación de la Ley de urbanismo 2/2002

Hoy no podemos hablar de política de vivienda sin política de suelo. La presión del mercado libre genera tales expectativas sobre el precio del suelo que impide que sobre el suelo generado en el mercado se pueda hacer vivienda asequible (aunque aún hay excepciones en determinadas áreas de Cataluña, que debemos tener en cuenta).

3.1. ¿Cuál ha sido tradicionalmente la política de suelo relacionada con la vivienda?

Exclusivamente, la dirigida a la obtención de suelos públicos donde la Administración construyese vivienda, a partir de los denominados *patrimonios públicos de suelo y vivienda*. Toda operación urbanística genera un porcentaje de suelo edificable que debe cederse a la Administración municipal y ésta hacer con él políticas de suelo y vivienda, no estrictamente negocio. Eso ha sido reiteradamente incumplido por motivos diversos, entre los que no es preciso despreciar la falta de sensibilización general que ha habido en temas de vivienda. No podemos ser insensibles al argumento de la endémica falta de financiación de los ayuntamientos, pero al mismo tiempo consideramos honesto reconocer la escasa sensibilización y la falta de criterios de actuación urbanística más complejos que el simple otorgamiento de licencias.

Por otra parte, si en los casos en que el suelo obtenido directamente por la Administración sin ningún coste económico (terrenos de cesión) no se han hecho políticas de suelo y vivienda, mucho menos se han utilizado las alternativas de comprar en el mercado o expropiar suelo para constituir y gestionar estos patrimonios con criterios urbanísticos y sociales sobre la vivienda.

En todo caso, más allá de los patrimonios públicos de suelo y de vivienda, la legislación urbanística no ha introducido otros mecanismos que relacionasen el urbanismo y la vivienda asequible. Eso ha sido así hasta que en los años noventa se apreció esta insuficiencia,

siendo lo País Vasco la comunidad autónoma más atrevida, que en 1994 introdujo las *reservas obligatorias de suelo para vivienda protegida*. Consisten en establecer que en toda operación urbanística residencial haya previsión de destinar un porcentaje del suelo a vivienda protegida, no libre (aparte del tradicional deber de cesión a la Administración).

Esta vía permite aportar viviendas asequibles al mercado sin que ello haya de pasar por el gasto público que genera la simple promoción pública de vivienda. Y también permite aplicar un principio mínimo de solidaridad, que parte de que, cuando se planifica una operación de vivienda en el mercado libre, no se olvide que hay personas que no pueden acceder a los precios de este mercado.

3.2. ¿Cuál es la política que se aborda con la modificación de la Ley de urbanismo?¹

3.2.1. Mejora de la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda

La modificación intenta acoger una mejor regulación del instrumento ya tradicional de los patrimonios de suelo y vivienda, generalizando su utilización por parte de los ayuntamientos y facilitando el control ciudadano de su aplicación:

–Todos los municipios con planeamiento deben crear su patrimonio y, por lo tanto, hacer políticas de suelo y vivienda.

–Todos los ayuntamientos tienen a su alcance la utilización de los diferentes instrumentos urbanísticos que permiten hacer una política de suelo y vivienda (por ejemplo, delimitación de áreas de tanteo y retracta o reservas expropiables).

–Cuando en concepto de cesión de aprovechamiento residencial el ayuntamiento reciba suelo adscrito a vivienda asequible tendrá lógicamente que cumplir esta finalidad, directamente o indirectamente. Sobre la parte que pueda recibir de suelo libre, podrá obtener el precio de mercado, pero éste se deberá reinvertir al hacer política de vivienda protegida. Y para facilitar el control de esta previsión se determina que en un plazo de seis meses los ayuntamientos que tienen o pueden tener cesiones de aprovechamiento deben crear un registro diferenciado que alcanzará a terrenos y también dinero. Entendemos que ésta es una medida dirigida a la ciudadanía, que debe tener mecanismos para hacer un seguimiento del cumplimiento de las finalidades fijadas por la ley respecto de los suelos vinculados a hacer vivienda protegida.

1. Dejamos aparte otros objetivos de la modificación de la Ley que no tienen relación con la vivienda.

3.2.2. Introducción efectiva e inmediata de las reservas en el planeamiento, impidiendo la concentración de la vivienda protegida

La ley ya había introducido las reservas para vivienda protegida en el año 2002, pero de forma muy tímida, demorando su aplicación al momento en el que los ayuntamientos decidiesen revisar sus planes generales. Con la modificación se impone la aplicación inmediata de las reservas y se introducen criterios para evitar algunas perversiones detectadas en otras comunidades autónomas:

–Todo nuevo plan urbanístico deberá incluir una memoria social donde hay que hacer la reflexión alrededor de las necesidades de vivienda y cómo y dónde se deben colocar las viviendas asequibles, reflexión que debe conducir a un determinado modelo de intervención en el tema. La memoria debe ser fruto de una especie de evaluación del impacto social del plan.

–Los planes no pueden concentrar la vivienda protegida, para favorecer la cohesión social evitando la segregación urbana. Nada impide calificar terrenos donde el edificio resultante sea en parte libre y en parte asequible (calificaciones mixtas).

–Los ayuntamientos deberán hacer sus reservas cuando aprueben los nuevos planes de ordenación urbanística municipal. Pero ya de forma preceptiva e inmediata todo plan –aunque sea derivado– de los municipios de más de diez mil habitantes, capitales de comarca y en todos los municipios cuando haya reclasificación de suelo no urbanizable, deberán contener la reserva mínima del veinte por ciento para vivienda protegida y además una reserva mínima del diez por ciento para vivienda concertada (nueva figura de vivienda asequible prevista por el nuevo Plan catalán por el derecho a la vivienda, que fija un precio intermedio entre la protegida y la libre).

–Para evitar que los promotores privados no edifiquen los suelos adscritos a vivienda asequible, la ley impone que los planes fijen plazos para su construcción. Esta previsión permite que posteriormente se introduzcan condiciones en la reparcelación o la licencia. Y al mismo tiempo se establece que el incumplimiento de la obligación de edificar estos suelos sea causa de expropiación, supuesto en el que el valor expropiatorio no será un problema porque el precio de venta de la promoción queda totalmente prefijado.

3.2.3. Creación de un nuevo sistema urbanístico

Sistema urbanístico equivale a suelo que debe ser de titularidad pública y, por lo tanto, puede ser obtenido por cesión o expropiación. La ley decide prever un nuevo sistema para destinar los suelos a vivienda dotacional pública, con la idea de poder hacer políticas asistenciales de vivienda.

La creación del nuevo sistema quiere poner fin a la confusión derivada de destinar suelos de equipamiento a finalidades de vivienda. Para clarificar este aspecto, y dado que en determinados supuestos los tribunales han llegado a aceptar que un suelo de equipamiento se destine a vivienda, la modificación de la ley opta por poner límites a esta posibilidad. De esta forma, el suelo de equipamiento nada más podrá destinarse en parte a vivienda dotacional si se acredita la suficiencia de equipamientos y con el límite máximo del cinco por ciento de la superficie total adscrita a equipamiento.

Con la modificación de la ley se abre un camino en el que deberemos estar muy atentos, para valorar cómo se aplican los nuevos criterios, reconduciendo posibles actuaciones desviadas.

Más allá de la materia vivienda, la ley también hace un discurso alrededor de la mixtura de usos y la compactación de la ciudad enfrente del modelo de la dispersión. Dado que está demostrado que el modelo disperso genera segregación, entendemos que optar por el contrario también permitir una mayor cohesión de nuestros núcleos urbanos como espacios de convivencia. Aparte de la Ley de urbanismo, habrá que hacer un esfuerzo en la planificación territorial y en general supramunicipal, para demostrar que se vela por el modelo compacto que se defiende. Y también es cierto que hará falta un plus de dedicación para ir haciendo calar en la sociedad el nuevo discurso, que no se quede sólo con una voluntad del legislador (no podemos obviar que el modelo de publicidad en los últimos años es la de la dispersión, asociada con la calidad de vida).

4. Elaboración de una nueva Ley de la vivienda

En la actualidad se están trabajando los principios inspiradores de la futura ley y su instrumentación. Se corregirá la política de fomento de la promoción de vivienda asequible, asumiendo que los poderes públicos tienen una auténtica responsabilidad pública en la provisión de vivienda de la población.

También será importante regular mecanismos para actuar en el suelo urbano y mediante la rehabilitación, para no confiar sólo en la nueva construcción y el nuevo consumo de suelo a la hora de obtener viviendas a precio asequible. Tendremos otras oportunidades para ahondar más en este texto en proceso de elaboración.

Nuestra incógnita actual es: ¿todas estas medidas serán suficientes? El tiempo lo dirá, pero lo que queremos transmitir es que hay deseo de dar un vuelco a la situación, y que éste sea más estructural que aparente. Debemos reaccionar ante las actuales situaciones de segregación e inaccesibilidad y poner fin a la pasividad que hemos vivido en los últimos años.

A pesar de ello, cabe decir que introducir un nuevo discurso y unas nuevas ideas no resulta nada fácil. A veces nos planteamos que tenemos una sociedad aparentemente comprometida pero quizá no tanto dispuesta a cambios reales en su cotidianidad. Si queremos cambiar la realidad para permitir el acceso y la mezcla de los excluidos, algún hábito o práctica deberemos cambiar también muchos de nosotros.

Estaremos atentos a la evolución del debate público entorno de estos temas, dispuestos a ir puliendo las ideas para que la transformación que deseamos sea lo más compartida posible y pueda producirse lo más pronto posible. ■

5. El nivel estatal y la vivienda y el urbanismo

Marcos Vaquer Caballería
Director general de Urbanismo y Política de Suelo del Ministerio de Vivienda
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

1. La vinculación entre el suelo y el derecho a una vivienda digna y adecuada.
2. El suelo es un recurso natural escaso y no renovable: es imprescindible una política de desarrollo sostenible.
3. Qué puede hacer el Estado en esta materia: qué competencias y qué medios puede arbitrar o articular.

Muchas gracias, antes de nada. Me permitirán que primero felicite por la iniciativa de esta magnífica jornada y después agradezca la invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, al Instituto de Derecho Público y a la Generalidad de Cataluña por estar aquí esta mañana con ustedes.

1. La vinculación entre el suelo y el derecho a una vivienda digna y adecuada

Debo iniciar mi exposición con una advertencia. No vengo aquí, aunque pueda chocarles esto, a hablar de vivienda, tema en el que se han centrado, creo, monográficamente las anteriores ponencias, porque no debo y porque no podría; en cualquier caso, porque no soy experto en el mercado de la vivienda, pero sí que lo que quiero es trasladar alguna reflexión sobre las relaciones entre suelo y vivienda y sobre qué marco de regulación entiendo que puede ser idóneo para contribuir a resolver los problemas de vivienda que actualmente afrontamos en España, y lo haré desde una visión estatal, que es la que me corresponde tener desde mi responsabilidad actual.

Permítanme, en cualquier caso, que aunque vaya a hablar de suelo empiece dando algún dato, muy conocido, por otro lado, sobre la situación actual del mercado de vivienda, y perdónenme que profane este templo del saber jurídico y, por tanto, de un saber eminentemente verbal con algunas cifras. Sabemos que el precio del mercado libre de la vivienda en los últimos años está experimentando unas alzas muy elevadas de precios. En el 2003 la tasa nominal interanual del crecimiento de alza del precio de la vivienda se situó en torno al 17% y eso hace que la vivienda sea inaccesible a importantes segmentos de la población. También en 2003, el esfuerzo de acceso medio se situó en más del 40% y los precios fueron equivalentes a siete salarios brutos anuales. Esto se ha combinado, en términos relativos, en términos históricos, con una reducida oferta de vivienda en el mercado, digámoslo así, protegido. En 2003 representaba este mercado, el de vivienda protegida, menos del 25% de los hogares creados, cuando en 1995 alcanzaba aproximadamente el 70%. Ha experimentado por tanto un descenso desde el 70 hasta el 25%.

En este peculiar contexto en el que nos encontramos hoy, sin embargo, la misión de los poderes públicos sigue siendo la de promover la efectividad de ciertos derechos de todos los ciudadanos en relación con el suelo, como son el derecho de propiedad, el derecho de libre empresa, el derecho a un medio ambiente adecuado y, en particular, el derecho a una vivienda digna y adecuada. Digo en particular porque precisamente el derecho a la vivienda es enunciado en la Constitución española conjuntamente con la mención que hace al tema del suelo, por tanto, vincula expresamente nuestra Constitución suelo y vivienda, la regulación de los usos del suelo que debe

tender al interés general e impedir la especulación, con el derecho a la vivienda.

Esta vinculación, además, no sólo se da en términos jurídicos o jurídico-constitucionales, sino que además es habitual en el discurso en el sector el imputar buena parte del problema de la vivienda al suelo. Se afirma a veces que si están subiendo en la medida en que lo están haciendo los precios de la vivienda es sobre todo por razón del precio del suelo, del valor de repercusión del suelo, que se carga sobre el precio final del producto, inmobiliario y, concretamente, de la vivienda. Por tanto, se nos dice, la causa de los problemas del mercado de la vivienda está en el suelo.

Tenemos muy pocas fuentes estadísticas que nos permitan contrastar esta hipótesis y, además, es notorio, que el mercado del suelo es un mercado que podríamos calificar como fragmentario primero y opaco en segundo lugar. Por tanto, eso dificulta todavía más objetivamente el hacer un diagnóstico y poder confirmar si efectivamente el problema está en el suelo o no está en el suelo.

Pero bueno, algo sí que podemos decir al respecto, al menos barruntar, y para eso creo que deberíamos plantearnos, en la hipótesis según la cual el problema del precio de la vivienda se encuentra en el suelo, qué factor del mercado del suelo está contribuyendo a la ascensión de los precios en el mercado de la vivienda. ¿Es el precio del suelo o es la cantidad, la oferta?

Pues bien, en cuanto al precio, en primer lugar ustedes saben, los que trabajan en el sector, que al menos en los suelos urbanos y los urbanizables programados y sectorizados el valor del suelo o el precio del suelo se suele obtener por el método residual, es decir, se calcula cuánto se puede obtener por el producto inmobiliario, cuánto se espera obtener en el mercado por el producto inmobiliario, qué aprovechamiento tiene, y de eso se deducen los gastos de su producción, los gastos de urbanización y edificación, en su caso, y el margen o beneficio empresarial que se debe obtener y de ahí se obtiene el valor del suelo. Así se fija el precio con el que los agentes del mercado ponen los terrenos en el mercado. Por tanto, el valor del suelo es un valor expectante, es un valor definido en función de lo que se espera obtener por la vivienda, de donde decir que el precio de la vivienda viene marcado por el precio del suelo, si después resulta que el precio del suelo viene dado por el precio de la vivienda, sinceramente el argumento al final a lo que nos conduce es a una especie de pescadilla que se muerde la cola.

¿Qué hay de la cantidad? Hay quien sostiene que el problema es que falta suelo clasificado, suelo urbanizable en España y no hay suficiente oferta de suelo en España; bueno, pues los datos creo que obligan a matizar esta tesis, primero porque en el 2003, dicen las estadísticas públicas, que se iniciaron 636.332 viviendas, en un solo año se iniciaron en España más de 600.000 viviendas cuando tenemos aproximadamente un parque de veinte millo-

nes de viviendas en el país. Estos niveles de producción, que además se han acelerado mucho en los últimos años, llevan a que expertos en el sector, por ejemplo, analistas financieros internacionales, en algunos de los recientes boletines dedicados al mercado inmobiliario, digan que no hay, y cito literalmente, una escasez estructural de oferta, sino por el contrario una extraordinaria capacidad de respuesta de la oferta que ha sido capaz de duplicar su producción en un periodo de apenas tres años.

Al menos hay suelo para iniciar seiscientos treinta y pico mil viviendas en España en el año 2003. Digamos además, que de esas viviendas iniciadas en 2003, protegidas fueron 71.720, es decir, un 11,27%, en 2002 había sido un 8,4%, en 2001, un 9,69%, en el 2002, un 8,57%, por tanto una alta producción de vivienda combinada, al menos en los términos históricos españoles, con una muy baja producción de vivienda protegida.

Otro dato, en este caso de una fuente privada. El estudio Planer-Asprima 2004, titulado “Análisis de la estructura empresarial del sector inmobiliario”, destaca como una de las tres características genéricas del sector las elevadas reservas de suelo y, cito literalmente, “en posesión de las compañías inmobiliarias y, principalmente, el alto volumen de promociones en curso actualmente en desarrollo, que provocan que las existencias constituyan la principal partida de activo de las empresas”. Según esta misma fuente, las empresas grandes del sector inmobiliario tienen existencias de suelo para al menos tres años de actividad y, en el caso de las empresas medias, para dos años de actividad futura. Lo cual, como digo, lleva a destacar el saneamiento a este respecto del sector y la importancia que tienen las existencias de suelo en el sector de la promoción privada.

Datos públicos, insisto, hay por ahora pocos. Pero alguno hay, concretamente de la Dirección de la Vivienda, Urbanismo y Arquitectura del antiguo Ministerio de Obras Públicas y Transportes, en 1995. Concretamente en diciembre de 1995, elaboró por encargo de la Comisión de Expertos sobre Urbanismo un estudio, que nunca fue publicado, titulado “Disponibilidad de suelo urbanizable en los municipios de más de 20.000 habitantes”. Pese a datar de 1995, como sitúa el horizonte temporal del estudio en 2011, estamos todavía en el periodo de análisis del estudio y por tanto de algún modo nos podemos valer de él. Y ahí se lee que el planeamiento vigente en aquél entonces permitiría urbanizar 185.000 hectáreas, lo que suponía incrementar en un 40% el suelo ocupado por las ciudades en España y 3,4 veces las necesidades medias estimadas de suelo urbanizado hasta 2011. Luego parece que con carácter general había, y yo me atrevería a decir que sigue habiendo, mucho suelo urbanizable, o suficiente suelo urbanizable para atender las demandas económicas y sociales en un horizonte a largo plazo.

Segundo dato que destacaba este estudio, que no había una correlación lineal, entre disponibilidad de

suelo urbanizable y precios de suelo. Tanto es así que, concluye el informe, los mayores precios de suelo se daban en áreas urbanas donde el suelo clasificado superaba en tres veces las necesidades previstas hasta 2011.

A la vista de estos datos, muy sumarios, pero yo creo que muy expresivos también, pueden extraerse dos primeras conclusiones en mi opinión. La primera, que en lo que el suelo puede contribuir a la carestía de la vivienda no es, por lo general, por escasez de suelo urbanizable, insisto urbanizable, un suelo potencialmente con destino urbano, sino todo lo más, si hay escasez de suelo será de suelo efectivamente urbanizado al ritmo de las demandas sociales. Y segunda conclusión provisional que les ofrezco, que dado que los precios del suelo se forman residualmente como les había dicho y dada la situación actual del mercado, es necesario en particular asegurar una oferta suficiente de suelo a valores de repercusión compatibles con la promoción de viviendas protegidas.

2. El suelo es un recurso natural escaso y no renovable: es imprescindible una política de desarrollo sostenible

Hasta aquí un análisis torpe, como el autor de la ponencia, desde el punto de vista económico de la situación del suelo. Pero el suelo no es sólo un recurso económico sino –y creo que los poderes públicos debemos ser especialmente sensibles a ello–, también un recurso natural y como tal un recurso natural escaso y no renovable. Y, por tanto, toda política de suelo creo que debe ser concebida hoy como una política de desarrollo sostenible donde la sostenibilidad implica conciliar necesariamente crecimiento económico con calidad ambiental y con cohesión social.

La OCDE, por ejemplo, en su estrategia medioambiental del 2001 y también enfáticamente en el análisis de los resultados medioambientales de España del 2004, se harta de decir que hay que disociar las presiones ambientales del crecimiento económico, es decir, que el crecimiento económico no es sostenible, si se hace asociado a un determinado coste ambiental, sino que debe disociarse de ese coste ambiental.

Bien, con este fin, el de conseguir un desarrollo urbano sostenible, creo que podemos hacer algunas consideraciones. Primero, qué modelo de ciudad queremos. En España parece que eso sigue siendo un debate, yo diría que político. Sin embargo, en Europa, hasta donde a mí me alcanza, esto ya es un criterio técnico, no un debate político, sino un aspecto técnico más o menos aceptado y consensuado por todos. Les doy un dato: la comunicación reciente de la Comisión Europea al Parlamento y al Consejo sobre la estrategia temática sobre el medioambiente urbano dice expresamente que hay que apostar por un modelo de ciudad compacta, densa y con mixtura de usos. Porque el *urban sprawl*, la diseminación urbana, produce resultados insatisfactorios desde muy diversos

puntos de vista, tanto ambientales, como también económicos. Produce problemas ambientales de depredación del territorio, pero además tiene costes económicos. Primero por el coste de las infraestructuras, que deben servir a esos nuevos ámbitos urbanos dispersos que se puedan crear, costes de las infraestructuras que en España podríamos decir: “Bueno, pero como son imputados al propio promotor de la actuación, o a los propietarios de los nuevos suelos urbanizables, pues eso no lo asume la sociedad”. Bien, pero además está el coste de su mantenimiento, y el de la prestación de los servicios públicos, como son los costes sanitarios, los costes educativos, los costes de los servicios de transportes. Aparte del problema de la privatización de espacios públicos a que conducen estos desarrollos urbanos dispersos y de eso casi no me atrevo a hablar porque aquí hay un experto sobre cohesión social y desarrollo urbano que ha publicado alguna monografía relevante sobre la materia, y costes de eficiencia energética, porque después hay que moverse hasta esos núcleos urbanos y todo eso genera transporte colectivo y transporte individual que produce una contaminación.

Por tanto, la sostenibilidad en materia de desarrollo urbano, e insisto en que así lo dice sin ningún tipo de problema la Comisión en su comunicación sobre la base de los trabajos de los grupos de expertos europeos, debe basarse en modelos de ciudades compactas.

En segundo lugar, la sostenibilidad nos obliga a reflexionar en el futuro sobre el protagonismo que debe tener la rehabilitación y la renovación de la ciudad ya existente, donde hay, por cierto, un importante parque de viviendas vacías. Y por tanto, también ahí políticas sensibles urbanísticas de regeneración urbana pueden estar también al servicio de la puesta en valor o de la puesta en mercado de viviendas hoy vacías porque, entre otros casos, están en ámbitos urbanos degradados y, por tanto, tienen una mala colocación en el mercado. En España hemos hecho un urbanismo y una legislación urbanística muy volcada en el suelo urbanizable, lo cual era coherente en el siglo xx con el proceso acelerado de urbanización que estábamos viviendo, pero yo no sé si ese protagonismo exclusivo de una determinada clase de suelo, digámoslo así, en perjuicio de otras como son el suelo urbano o el suelo rústico o no urbanizable es sostenible si uno piensa, no mirando hacia el pasado sino hacia el futuro, en el siglo xxi.

Y tercero, pensando en la pata de la cohesión social de la sostenibilidad, necesitamos al menos en la situación actual del mercado de la vivienda, incrementar la oferta de vivienda protegida para lo cual creo que se deben articular tanto medidas de política de vivienda (incremento de actuaciones, actualización de los módulos o nuevas tipologías de vivienda de protección o viviendas sociales más atractivas y más adaptadas a la coyuntura en que vivimos) como también medidas de política de suelo, como

es prever reservas suficientes y proporcionadas de suelo residencial para la promoción de vivienda protegida. Porque, evidentemente, si queremos que se promueva vivienda a precio tasado tenemos que poner al servicio de la promoción de esa vivienda un suelo a valores de repercusión compatibles con la promoción de vivienda a precio tasado.

Concluiría por tanto a este respecto que la vivienda protegida es, por supuesto, una demanda social evidente, pero está también llamada a ser un segmento atractivo del mercado para los promotores. Un segmento en el que se encuentra, desde luego, menos rentabilidad, pero también menos riesgo.

3. Qué puede hacer el Estado en esta materia: qué competencias y qué medios puede arbitrar o articular

Hecho este diagnóstico, qué hacer para afrontar esta situación, para tratar de articular alguna medida que sirva para contribuir a cambiar este escenario. Evidentemente, las medidas que se deben adoptar, para ser eficaces en una materia como ésta, deben acometerse por todas las administraciones públicas, cada una en el ejercicio de sus competencias y con sus propios medios. Y digo competencias y medios porque la parte final de esta exposición la voy a dedicar a qué puede hacer el Estado en esta materia, y por tanto qué competencias y qué medios puede arbitrar o articular.

La Administración General del Estado dispone de competencias y de medios al respecto. En cualquier caso, la eficacia aconseja también que se actúe de manera colaborativa y concertada y tanto el Gobierno como, en los últimos días, el Partido Popular están reclamando que se haga un pacto del suelo, un acuerdo nacional para concertar las políticas de los distintos escalones territoriales del Estado.

Pues bien, competencias primero. El Estado cuenta con algunas competencias que le atribuye el bloque de constitucionalidad, para fundamentalmente: Primero, establecer las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales. Segundo, establecer medidas básicas de la protección al medio ambiente, de la ordenación de la economía y del régimen jurídico de las administraciones públicas. Y tercero, fijar el régimen legal de las expropiaciones y, concretamente, que es lo más polémico, de las valoraciones del suelo.

Esta es una descripción muy somera, de nuevo, y muy sintética, no muy fina de las competencias estatales pero nos da un *flash* de cuáles son. Para el ejercicio de estas competencias se está trabajando, como saben también, pues ya se ha anunciado en la prensa, un borrador de reforma de la ley estatal del suelo, cuyas medidas concretas me permitirán que no les anuncie, porque si acabo de hablar de la concertación y colaboración, le haría un flaco

favor a esa concertación y colaboración si aquí yo dijera que el Estado unilateralmente tiene perfectamente perfiladas las medidas que va a llevar al BOE sin perjuicio, o con independencia, de lo que puedan observar al respecto las comunidades autónomas, entes locales y el propio sector. Pero sí podemos hablar de algunos ejes fundamentales de la reforma legal que estamos preparando. El primero, establecer, creo que es necesario, un estatuto básico de los derechos y deberes de los ciudadanos, entendiendo por tales no sólo los propietarios, sino los ciudadanos en general. En la legislación estatal del suelo nunca se ha planteado un estatuto, digámoslo así, básico o mínimo de la ciudadanía en relación con el suelo, sino que siempre se ha hablado de la delimitación de la función social de la propiedad en relación con la función pública del urbanismo. Pero no es la propiedad el único derecho constitucional afectado en esta materia. ¿Qué ocurre? Que la doctrina del Tribunal Constitucional, fundamentalmente la Sentencia 61/1997, interpreta el bloque de constitucionalidad en el sentido de decir que el Estado no es competente para regular el urbanismo. Esta doctrina constitucional, al actuar sobre un modelo como el español, tradicionalmente asentado en la dialéctica entre función pública del urbanismo y derecho de propiedad del suelo, ha abocado al Estado a legislar sobre suelo desde la perspectiva del derecho de propiedad, desde la que se quiere vincular a las leyes urbanísticas. Perspectiva que, en mi opinión, no es ni siquiera constitucionalmente adecuada. La perspectiva que ha de adoptar es la del derecho de los ciudadanos, no sólo la de los propietarios, pues los propietarios, por supuesto que están afectados por la regulación del uso del suelo, pero no sólo ellos. Todos los ciudadanos están afectados en sus derechos por la regulación que se haga de los usos del suelo.

Al respecto nos podríamos plantear si todos los derechos constitucionales afectados (derecho al medio ambiente, derecho a la vivienda) son derechos como tales, o son sólo principios rectores de la política económica y social, y si el Estado puede invocar el artículo 149.1.1 para establecer condiciones básicas de la igualdad en relación con ellos. Pero ese es otro tema sobre el que tampoco me atrevo a decir mucho, en esta mesa hay un experto en él que publicó hace ya tiempo un trabajo, hoy me atrevería a decir que clásico, sobre la materia. Pero hay ya precedentes en la doctrina del Tribunal Constitucional que sí han permitido utilizar el título competencial del artículo 149.1.1 como título, digamos, de referencia y exclusivo para soportar el ejercicio de determinadas competencias por parte del Estado en relación con derechos del capítulo 3 del título I de la Constitución.

Segundo eje, segundo punto a considerar en esta reforma de la Ley estatal del suelo, es la apuesta, como ya he dicho, por la sostenibilidad del proceso urbanístico, lo cual conlleva: primero a evitar la clasificación

indiscriminada de suelo urbanizable que produce ese efecto de crecimiento desordenado y disperso de las ciudades que ya les he dicho que no comparto como modelo, aparte de que no ha producido el efecto de abaratamiento de los precios de la vivienda deseado en los últimos años, cuando se puso en vigor, como todos nosotros sabemos; y segundo propiciar la regeneración de las ciudades existentes.

Tercer eje, favorecer la apertura de la iniciativa privada de las actuaciones de reforma urbanística a las empresas, sin que tengan que ser necesariamente propietarias del suelo, mediante procedimiento con pública concurrencia, salvaguardando eso sí, y, por supuesto, las necesarias garantías a favor de los propietarios para que no puedan cometerse abusos a su costa ni ser excluidos de la iniciativa urbanizadora.

Cuarto, asegurar un mínimo básico de reserva de suelo residencial para vivienda protegida, algo que hoy casi todas las comunidades autónomas ya tienen en su legislación urbanística. Se trataría aquí de fijar un mínimo básico de reserva de suelo para la promoción de vivienda protegida, un mínimo que, por supuesto, puedan modular las comunidades autónomas en función de las distintas necesidades que tienen los distintos territorios españoles.

Quinto, eje de esta reforma legal, fijar un régimen de valoraciones del suelo que tase la realidad del suelo, la realidad física del suelo, y el valor de la actividad empresarial de transformación urbanística acometida en su caso, pero que no valore como tales las meras expectativas de futuro para no fomentar la especulación con el suelo. Es esto de nuevo un imperativo constitucional, pues dice el artículo 47 de la Constitución que los poderes públicos deben impedir la especulación. En mi opinión, el régimen actual legal de valoraciones de la ley estatal no cumple adecuadamente con ese objetivo y entiendo que su reforma deberá ser menos polémica de lo que incluso yo en un principio hubiera pensado, porque hace dos o tres días el Partido Popular anunció unas iniciativas parlamentarias en materia de vivienda y suelo y una de ellas propone que se perfeccione el régimen de valoraciones del suelo para descartar, expresamente, creo que dice, los valores expectantes y los elementos especulativos. Por tanto, coincide plenamente con lo que les digo.

Y por último, establecer algunas medidas básicas de rigor y responsabilidad en los agentes urbanísticos, tanto públicos como privados, para dificultar las retenciones especulativas de suelo y favorecer que la oferta responda a la demanda, entendiendo por demanda aquí tanto la demanda económica como la demanda social.

Hasta aquí las competencias y su posible ejercicio a través de la legislación estatal. Pero les decía, el Estado también dispone de ciertos medios. En lo que se refiere a los medios, no les voy a decir nada nuevo si les comento

que el Estado tiene un patrimonio inmobiliario, concretamente de suelo, muy importante que debe movilizar el servicio de las políticas urbanísticas y de vivienda destinándolo preferentemente, cuando sea innecesario para los usos administrativos, a dotaciones, equipamientos y vivienda protegida. Esto es algo que ya enuncia como principio la propia Ley de patrimonio de las administraciones públicas de 2003, en su artículo 8, que supuso un punto de inflexión en esta materia respecto a lo que se venía haciendo en los últimos años con el suelo patrimonial del Estado.

Este principio, o esta idea-fuerza de lo que debe hacerse con el suelo patrimonial del Estado debe ser bien entendida en cualquier caso y, por tanto, debe, por supuesto, tener presente que: Primero, la desafectación y la declaración de innecesariedad para el uso o servicio público de los terrenos compete a cada departamento o a cada ente gestor patrimonial y no se produce de una sola vez, sino sucesivamente. Segundo, por tanto no se trata de que en un momento dado tengamos la foto fija de todos los bienes patrimoniales del Estado que se van a afectar a la política de vivienda o a poner al servicio de la política de vivienda, porque eso más bien va a ser un decurso. Tercero, que las competencias de ordenación urbanística de esos terrenos son municipales, y en su caso autonómicas, cuando afecte a la competencia de ordenación autonómica, lo que llama inevitablemente a la colaboración interadministrativa, porque el Estado podrá poner al servicio de la política de vivienda su buena voluntad, pero quien tiene que ejercer la competencia de ordenación para clasificar, en su caso y calificar esos terrenos, no es el Estado, es el ayuntamiento correspondiente y, en su caso, como digo, la comunidad autónoma. Y cuarto, que las necesidades y prioridades en los usos del suelo varían en cada caso. Es decir, no se puede decir que los suelos patrimoniales del Estado se van a dedicar siempre a vivienda protegida. Habrá entornos, ámbitos, territorios en los que se necesite un uso más intensivo dotacional, en otros de equipamientos, en otros de vivienda protegida o de vivienda protegida combinada con la vivienda libre, o incluso la mixtura de todos ellos.

Al servicio de este fin, el Gobierno, y con esto voy a concluir, ha puesto en marcha varias líneas de actuación, como es darle prioridad al uso residencial protegido en la concertación que hace de las actuaciones urbanísticas complejas en las que tiene intervención como titular de los suelos. Como es también evitar con carácter general el uso de la subasta, salvo que los terrenos no sirvan para la política de vivienda. Y en tercer lugar, cuando sea necesario, el impulso de la actividad urbanizadora residencial de la entidad pública empresarial de suelo SEPES, que hasta ahora se venía dedicando a la urbanización sobre todo de suelo industrial.

Estas medidas ya fueron anunciadas en el Plan de cho-

que de julio de 2004 y no son una entelequia, no son humo, sino que empiezan a ofrecer algunos resultados palpables y significativos. Con algún ejemplo concluiré mi intervención.

Por ejemplo, en la sociedad Bilbao Ría 2000, S.A., que es la sociedad interadministrativa que se preocupa de la regeneración de la ría de Bilbao en el entorno de Bilbao y Baracaldo, y en la que participan SEPES, RENFE y FEVE, hasta el punto de ser mayoritarias en la sociedad, se acordó por ejemplo, el 23 de junio de 2004, el introducir en el ámbito de Garellano "un componente significativo de vivienda protegida" que, en palabras del alcalde de Bilbao, supondría duplicar la vivienda protegida prevista de ese ámbito de Garellano, para lo cual se ha iniciado el procedimiento de modificación del Plan general.

O por ejemplo, el Consejo de Ministros, el día 10 de septiembre de 2004, acordó ceder veinticinco hectáreas de suelo ubicado en el núcleo urbano de Guadalajara y que pertenecía a Defensa, el Fuerte de San Francisco, a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la promoción de 1.004 viviendas todas ellas protegidas, lo cual se une, por cierto, a una actuación de la propia SEPES en Guadalajara en el sector de "Aguas Vivas Ampliación", donde está previsto que se construyan 2.013 viviendas también ellas todas protegidas. En Valdespartera, Zaragoza, en la misma sesión del Consejo de Ministros, se acordó la enajenación a la empresa pública Suelo y Viviendas de Aragón de parcelas del Ministerio de Defensa para la promoción de 1.404 viviendas protegidas. En Mieres, la actuación Vasco Mayacina lleva más de una década parada, actuación en terrenos de SEPES donde SEPES actuó como beneficiario expropiatorio. Por acuerdo de 23 de julio de 2004, se acordó en el Consejo de Administración de SEPES aprobar el expediente de contratación de las obras de urbanización de esa actuación, íntegramente de nuevo para vivienda protegida, que va a permitir construir 714 viviendas en el ámbito.

Otro ejemplo, Puerto Exterior de A Coruña y se me agota el tiempo. Actuación para la que el 8 de septiembre de 2004 se alcanza un acuerdo entre las ministras de Fomento y de Vivienda y el alcalde de A Coruña, que ha dado lugar a la firma de un nuevo convenio urbanístico, que sustituiría al anterior firmado el 4 de octubre de 2004, donde se acuerda elevar del 20% previsto, la proporción de vivienda protegida, al 50% como mínimo en el ámbito de los suelos que se liberen en el actual puerto de A Coruña como resultado de la construcción del nuevo puerto exterior.

No quiero cansarles con más ejemplos, que sólo pretenden ofrecer algunos resultados cuantitativos, cifrables. Que ya los hay, pues como diría Galileo, "*Eppur si muove*". El Estado empieza a moverse en esta materia, empieza a liberar suelos, al servicio de las políticas de vivienda. Muchas gracias. ■

6. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Aragón

Julio César Tejedor Bielsa

*Director general de Vivienda
y de la Rehabilitación del Departamento
de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte del
Gobierno de Aragón.
Profesor titular de Derecho Administrativo de la
Universidad de Zaragoza.*

1. Introducción.
2. El complejo proceso de transformación de las políticas de vivienda: el liderazgo autonómico.
3. ¿Por qué el Gobierno de Aragón se vio impulsado a diseñar y desarrollar una nueva política de vivienda?
4. La construcción de un nuevo servicio público de vivienda.
5. El proceso de producción, comercialización, uso y disposición de la vivienda protegida en la Ley de Cortes de Aragón 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida.
6. Una última cuestión: la planta municipal aragonesa.

1. Introducción

En primer lugar, y haciendo gala de mi condición de universitario, debo mostrar mi alegría por estar otra vez en la Universidad. Siempre que puedo vuelvo y demuestro mi alegría por ello, siempre que estoy en un foro como éste muestro mi satisfacción. Debo, por ello, agradecer a la Universidad de Barcelona haber tenido la amabilidad de contar conmigo para esta jornada. En todo caso, agradecimiento por delante, uno no puede sino dudar si la invitación se cursó como responsable político de la vivienda en Aragón, como universitario, o como amigo un poco temerario que se ha metido a esta compleja tarea de gestor político y ha dado la luz a un "lío" bastante notable. En todo caso, como acabo de señalar, agradecimiento a cuantos acabo de mencionar.

Aunque pueda resultar chocante al comienzo de una intervención como ésta, vayan también por delante las disculpas. ¿Por qué? Pues porque uno tiende a veces a un excesivo entusiasmo porque está muy implicado en un proceso, que está siendo muy rápido, muy intenso, de transformación del funcionamiento del sector de la vivienda en general, y de la protegida en particular, impulsado por el Gobierno de Aragón. Eso obliga, en foros como éste, a adoptar una posición de cierto distanciamiento, que no es fácil conseguir. Obliga a racionalizar medios y objetivos, y los logros que se van alcanzando, para no cometer excesos y poner las cosas en su justo término. En todo caso, si caigo en el exceso de entusiasmo, les ruego que lo imputen a esto que acabo de explicarles.

Debo también advertir que no voy a limitarme en este caso, en este foro, en un foro jurídico, y en un foro además académico, a realizar un relato jurídico que sería el propio de mi formación como profesor titular de Derecho administrativo. Es decir, no voy a hacer una pura y simple exposición de lo que son la Ley de Cortes de Aragón 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, o el Decreto del Gobierno de Aragón 80/2004, de 13 de abril, que desarrolla aspectos clave de la misma como el Registro de Solicitantes o los procedimientos de adjudicación. Tal relato, desde mi doble condición de responsable político y técnico de la puesta en marcha del nuevo sistema de producción y gestión de vivienda protegida en Aragón, no tendría excesivo sentido y, además, les privaría de conocer algunos aspectos clave de la puesta en marcha de dicha normativa.

2. El complejo proceso de transformación de las políticas de vivienda: el liderazgo autonómico

Voy a hablar, pues, más de un proceso, que además afecta a múltiples materias jurídicas y urbanísticas –lo decía el consejero hace un momento–. No está sólo implicada

la Administración, en sentido amplio, y el Derecho administrativo. Lo está sustancialmente el Derecho urbanístico, en el que se hacen algunas pequeñas, pero no por ello sustanciales en términos económicos, modificaciones. En todo caso, las afecciones al Derecho urbanístico se plantean desde la política de vivienda y, a este respecto, con ejemplos que luego explicaré, conviene avisar que no es lo mismo hablar de urbanismo desde una ley de vivienda que hablar de urbanismo o de vivienda desde una ley de urbanismo, aunque pueda parecer que lo es. Pero ese proceso de transformación de las políticas de vivienda afecta también a algunos aspectos esenciales de la mentalidad social sobre la vivienda.

Así pues, es un proceso lo que quiero describir globalmente, el diseño y aplicación de un conjunto de políticas, si se prefiere. Lógicamente, mi exposición no estará exenta de tintes jurídicos, no lo estará tampoco de tintes políticos, porque uno no se puede sustraer totalmente de lo que está haciendo. En cualquier caso, lo que voy a exponer afecta a la perspectiva normativa, afecta a la perspectiva de gestión y afecta a la perspectiva política.

Pero quiero comenzar afirmando algo que, siempre que tengo ocasión, procuro proclamar y que las actuales políticas que impulsa el Gobierno de Aragón ratifican una vez más: lo público no es ineficaz ni ineficiente. La Administración funciona bien si se la quiere hacer funcionar bien. Es más, normalmente lo que uno detecta en la Administración cuando no funciona bien es que el fallo fundamental, o al menos el fallo primario, está en el responsable político, cuya primera responsabilidad es impulsar el funcionamiento de la Administración. Y a partir de ahí, de la decisión de impulsar las políticas públicas utilizando la Administración, los gestores políticos disponemos de multitud de herramientas. Nuestra responsabilidad es utilizarlas correctamente. Habrá cosas que funcionarán mejor de una determinada manera y cosas que funcionarán mejor de otra.

En cualquier caso, en el diseño y aplicación de las nuevas políticas aragonesas de vivienda, lo que es absolutamente evidente es que el liderazgo ha correspondido a la Comunidad Autónoma de Aragón y a su Administración. Pero, sentado el liderazgo autonómico, a partir de ahí hemos buscado y, en general, obtenido la colaboración de todos los niveles administrativos. Desde el Gobierno de Aragón decimos plenamente convencidos, cada vez que tenemos ocasión de hacerlo, que no podremos impulsar las nuevas políticas de vivienda y, en definitiva hacer viviendas asequibles, dignas y adecuadas a la población, sin contar con los municipios. Esto es cosa al menos de dos, y posiblemente de tres, contando con el Estado; cada nivel de gobierno desde su capacidad y su responsabilidad. Pero, además, tampoco podremos hacer viviendas en determinadas

zonas de Aragón si no contamos con la iniciativa privada, algo absolutamente imprescindible.

En las políticas de vivienda el liderazgo es de quien es, público y autonómico. A este respecto, algo que en urbanismo está muy asentado, “el control y dirección de la actividad urbanística corresponde a la Administración”, posiblemente también en la vivienda era ya el momento de decirlo. Nos encontramos en un momento, no sólo en Cataluña, en todo el Estado, de inflación de la preocupación por la vivienda, de inflación de la producción de normativa en materia de vivienda, sólo comparable a lo que ocurrió con el urbanismo hace alrededor de cinco o seis años, cuando el Tribunal Constitucional dictó una serie de sentencias alterando su anterior jurisprudencia sobre la supletoriedad del Derecho estatal y dejando a más de medio país sin normativa urbanística con una mínima seguridad jurídica. Ciertamente es que por otras razones, especialmente la presión ciudadana derivada de la dificultad de acceso, pero algo parecido está pasando ahora con el sector vivienda.

Existe una evidente inquietud en la sociedad que ha hecho que los poderes públicos se estén implicando más directamente en las políticas de vivienda, estén asumiendo nuevos roles, nuevos papeles, posicionándose en este nuevo contexto de las políticas de vivienda. Pero es momento de realidades, de acciones concretas. Ya no es el momento de definición de simples líneas, de objetivos más o menos etéreos, más o menos políticos, sino de diseñar y ejecutar políticas concretas. ¿Qué estamos haciendo en Aragón? Estamos tratando de, en primer lugar, reconstruir las políticas públicas que han de garantizar el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada con unos nuevos planteamientos, dignificándolas socialmente y basándonos –lo decía hace un momento– en el liderazgo público en el desarrollo de estas políticas, en el fomento de la colaboración privada conforme a unas reglas del juego completamente nuevas –ahora entraremos en ellas–, todo ello garantizando principios elementales en otros sectores de la acción pública, o en otros sectores de la actividad económica, como son la concurrencia, la transparencia de determinados procedimientos (la gestión de suelo, gestión de adjudicaciones de vivienda) y, finalmente –*last but not least*–, garantizando la igualdad en el acceso en términos constitucionales, tratando de quebrar la situación anterior que tanto daño generaba en la imagen ciudadana de las políticas de vivienda.

3. ¿Por qué el Gobierno de Aragón se vio impulsado a diseñar y desarrollar una nueva política de vivienda?

La respuesta es sencilla: porque en Aragón estamos haciendo las viviendas protegidas que la sociedad aragonesa demandaba. Nos encontramos en una situación

de altísima demanda de vivienda protegida generada por un periodo en el cual la vivienda protegida era un producto marginal –en todos los sentidos, tanto en el volumen de producción, como en cuanto a los destinatarios–, y en el que los problemas eran menores porque las viviendas eran escasas. Pocos problemas prácticos porque pocas eran las viviendas a repartir.

Era preciso, pues, reaccionar enérgicamente. Y se hizo. Así, ya en la legislatura anterior (1999-2003), se impulsó decididamente la producción de vivienda protegida, de manera que, sobre un parque de alrededor de 120.000 viviendas protegidas en toda la comunidad, se promovieron alrededor de 8.000 viviendas protegidas. En la actual legislatura (2003-2007) el Gobierno ha asumido el compromiso de promover 12.000 viviendas protegidas sin contar las nuevas viviendas protegidas de precio o renta tasados. En esta legislatura, por tanto, el Gobierno de Aragón se ha propuesto promover un número de viviendas protegidas equivalente al diez por ciento de las actualmente existentes, un diez por ciento de todas las viviendas de los últimos cincuenta o sesenta años.

La vieja normativa de vivienda protegida de los años sesenta y setenta, concebida en un contexto en que los problemas eran de financiación y no de suelo, en el que los precios de la vivienda libre y protegida estaban equilibrados, no sirve en el contexto actual, en el que los problemas son de suelo y no de financiación, y en el que los precios de la vivienda libre duplican y triplican en muchas zonas los de la vivienda protegida. Por estas razones es preciso renovar algunas cosas. Pongo siempre el mismo ejemplo, algo que socialmente planteó una gran polémica en Aragón hace dos o tres años. Viviendas protegidas recién construidas quedaban vacías, por supuesto con un propietario, pero con un propietario que no las ocupaba. Y la reacción administrativa en Aragón frente a ese fenómeno era imponer como máximo una sanción de doscientas cincuenta mil pesetas y, eso sí, accesoriamente descalificar la vivienda. Claro, la sanción era absolutamente irreal: cuando la comunidad autónoma precisamente lo que estaba haciendo era negarse a descalificar viviendas en cualesquiera supuestos, veíamos cómo teníamos una normativa que contemplaba como sanción accesoria la descalificación de la vivienda, absolutamente inadecuada hoy día, cuando los costes financieros de la adquisición de la vivienda libre son incluso inferiores a los de la protegida.

El anterior es un buen ejemplo, a mi entender, en un aspecto muy concreto. Ciertamente, habría muchísimos otros ejemplos posibles que, en definitiva, llevaron al Gobierno de Aragón a la convicción de que “si se hace vivienda protegida en las actuales circunstancias hay que tener una normativa y unos sistemas de gestión pensados para las actuales circunstancias”. No sirven muchas de las cosas que dice la normativa anterior. Así

pues, se han de impulsar nuevas políticas de vivienda, resulta indispensable renovar el régimen jurídico de las viviendas, porque evidentemente los problemas, innegables, eran absolutamente diferentes a los de los decenios anteriores. Conversar con quienes trabajan en el sector desde hace muchos años, que milagrosamente los hay, incluso en el sector privado, ayuda a percibir y entender la evolución de los planes de vivienda, que puede constatarse también en los boletines pero que la práctica explica mejor. Hoy ya no ocurre como hace diez años cuando el problema no era el suelo sino la financiación. Los planes de vivienda se volcaban sobre la financiación porque suelo había, acaso no en condiciones óptimas, pero había. Hoy el problema es que no hay suelo que, en términos económico-financieros, resulte apto para servir de soporte a la vivienda protegida.

Pero no todo cambia. Si se analizan con cierta intención las diferentes variables, puede comprobarse cómo lo que tiende a resultar constante es el margen de beneficio, por un lado, y la renta familiar disponible, por otro. ¿Qué implica esto? Que la variación de los costes financieros comporta la inmediata variación de los precios del suelo. Al final, cuando se estudia el negocio de la promoción, se puede comprobar que la variable de los márgenes de beneficio en la construcción y en la promoción es lo que mantiene una línea constante o ascendente en algunas ocasiones, dependiendo, eso sí, de los precios a los que se acceda al suelo. Ambas variables, precio del suelo y beneficio de la promoción, escapan al control de las familias que, con sus hipotecas, sufragaban uno y otro. No hay mercado porque la demanda final no participa de manera decisiva en la formación de las características de la oferta. Los oferentes manipulan las diferentes variables para obtener beneficios constantes o crecientes sin que puedan hacer nada los demandantes. El precio final de la vivienda es la resultante de maquinaciones tendentes a la alteración del que realmente debiera ser y, en realidad, totalmente disímil de su coste. La vivienda no vale lo que cuesta.

4. La construcción de un nuevo servicio público de vivienda

Sin normas, objetivos y gestión adecuados a los tiempos actuales la política de vivienda protegida redundaría únicamente en beneficio de unos pocos que obtendrían plusvalías no ganadas generadas por la acción pública. Si en Aragón queríamos, y queríamos hacerlo, y en ello estamos, construir un nuevo servicio público de la vivienda, una línea de acción más de servicio al ciudadano específicamente en la política de la vivienda, necesitábamos ganarnos la confianza del ciudadano. Era evidente en la Comunidad Autónoma de Aragón, como en la mayor parte de las demás, que, quizá como consecuencia precisamente de que la Administración estaba

inerte para reaccionar frente a determinadas prácticas fraudulentas, el ciudadano no confiaba en las políticas de vivienda, veía las políticas de vivienda como algo oscuro, como algo que beneficiaba a ciertas personas, como algo a lo que sólo se tenía acceso si se conocía a alguien. Nos enfrentábamos a una situación de claro desprestigio, con o sin razón, de las políticas públicas que, a la postre, impedía potenciarlas para dar respuesta a una necesidad social evidente.

Resultaba indispensable ganar legitimidad y respeto social por las políticas de vivienda. Si había de construirse un nuevo servicio público había que comenzar a hacerlo sobre una nueva base. Era conveniente ganar desde el primer momento, ya desde el principio, pues los símbolos son muy importantes en el diseño de estas políticas públicas, la confianza del ciudadano. Reaccionamos, pues, porque nos veíamos en la obligación de reaccionar. Los datos de gestión en Aragón así lo confirman, pues, sobre la base de un convenio de financiación de actuaciones protegibles con el Estado que en promoción de vivienda nueva para venta preveía mil quinientas actuaciones, en la legislatura pasada en Aragón se llegó a las dos mil quinientas al año. Este año estamos en un momento de transición y alcanzaremos el entorno del cupo pactado. Pero el año próximo sobre las mil quinientas pactadas vamos a calificar cuatro mil quinientas, el año siguiente (veremos lo que pasa con el plan estatal de vivienda), vamos a calificar entorno a las cuatro mil quinientas, cifra que volveremos a alcanzar el año siguiente. Claro es que, con este escenario, no nos podíamos quedar en la situación en la que estábamos en la legislatura anterior.

Por las razones expuestas aprobamos una nueva legislación que parte de una serie de ideas sencillas, fácilmente trasladables a los ciudadanos, pero que cuesta que calen, en ocasiones, en la ciudadanía. La primera y fundamental, una razón por la cual además quien les habla no gusta de fomentar estos salones inmobiliarios que tan en boga están. La vivienda no es un bien de inversión, la vivienda es un bien de consumo para el común de los ciudadanos. El gran engaño y los grandes problemas a los que nos enfrentamos en la actualidad radican precisamente en que se haya logrado convencer al ciudadano de lo contrario, de que al adquirir la vivienda en la que va a vivir, y que necesita para ello, está adquiriendo un bien de inversión. No es realmente así porque el ciudadano no puede realizar un activo que necesita para vivir, no puede vender la vivienda en la que vive sin verse obligado inmediatamente a comprar otra vivienda. Desde luego, ese valor no es realizable, pues, a diferencia de lo que ocurre cuando se venden unas acciones y se obtiene una renta disponible, cuando se vende la vivienda, la vivienda en la que se vive, y no se tiene otra, el ciudadano debe satisfacer su necesidad básica, en algún sitio va a tener que vivir. Luego, no

es tan automática esa concepción de la vivienda como bien de inversión como se ha querido trasladar al ciudadano por más que, de cara al futuro, la vivienda permita la subsistencia del anciano con una mínima dignidad e independencia si su salud se lo permite. Obviamente, a unos pocos agentes económicos les ha beneficiado la generalización de la expuesta concepción de toda vivienda como bien de inversión, pero la realidad diaria, la realidad de los hechos, pone de manifiesto que la primera vivienda, la vivienda como residencia habitual, es un bien de consumo.

Otra cosa es que la cultura y el sentir social sean diferentes, que lo son. Tal circunstancia, como en la mayoría de ocasiones, no es casual sino inducida. Frecuentemente en el foro académico se dice que aquella vieja Ley del suelo, la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 1956, era una magnífica ley, una buena ley. Bueno, quizás algunas de las técnicas que reguló lo fuesen, advirtiendo que las técnicas están siempre al servicio de unos objetivos. Pero políticamente la de 1956 fue una ley con un calado oculto tremendo, fue una ley que auspició y potenció un modelo especulativo de negocio inmobiliario en un momento en el cual se estaba produciendo el fenómeno de la migración del campo a la ciudad y, en muchas zonas del territorio español, se estaba pasando de la dependencia del jornalero con respecto al propietario en cuya finca trabajaba (y vivía porque no tenía coche para ir a trabajar, entre otras cosas, porque no lo había), a la dependencia del ciudadano de la entidad financiera que “graciosamente” le concede una hipoteca con la cual, con frecuencia la misma persona o grupo familiar que tenía la propiedad del suelo en el pueblo, obtiene ahora suculentas plusvalías de la propiedad del suelo originariamente de uso agrícola pero ahora situado en la ciudad y apto para la construcción de las tan necesarias viviendas. Esa ley, técnicamente bendecida por muchos cuyo negocio o actividad profesional crecieron a su amparo, que auspiciaba ese sistema que quería convertir a las clases medias en propietarias de la vivienda, financiando con hipotecas los beneficios del negocio inmobiliario, fue una ley que políticamente tenía las cosas muy claras y que era hija de su tiempo. No nos dejemos engañar por la parafernalia técnica de esa Ley del suelo de 1956 que, en gran medida, nos ha llevado a la situación actual.

El Gobierno de Aragón optó por potenciar una idea muy simple, antagónica en gran medida a la cultura social fomentada y asentada ya durante algunos decenios. La vivienda, especialmente la vivienda protegida, no es un bien de inversión, es un bien de consumo cuando satisface una necesidad primaria de residencia, de alojamiento. Sobre esa base, otra idea-fuerza que fundamenta el nuevo modelo aragonés: con la vivienda protegida, en un primer momento (quién sabe lo que

depara el futuro) no se especula. Pero no especula nadie. Dejémonos ya de esta sucesión de leyes que culpabilizan al sector privado o al sector público de todos los males de la política de vivienda y el urbanismo. Cuando se recorren las sucesivas leyes urbanísticas comprueba como, si una culpa a las actitudes especulativas de las administraciones, que retienen, impiden desarrollar o subastan suelo, la siguiente afirma contundentemente y cargada de razones que es el especulador privado el que retiene los suelos utilizando todo tipo de artilugios y artimañas para maximizar su precio y que, en consecuencia, son los agentes privados los culpables de todos los males. Nuestra reflexión es diferente. A lo mejor es un poco todo.

La producción, comercialización, uso y disposición de una vivienda, igual da libre que protegida, se enmarcan en un camino a lo largo del cual hay diferentes posibilidades de especulación, entendida como obtención de plusvalía no ganada. Son esas posibilidades de especulación, en el sentido negativo del término, las que resulta preciso atajar. Para ello es preciso regular de manera valiente numerosas cuestiones. Primero, la gestión de los suelos públicos, atajando las subastas e imponiendo en todo caso el concurso para la puesta en el mercado de suelo para vivienda protegida, y la calificación para vivienda protegida de los suelos privados, exigiendo reservas significativas, pues como decía el consejero en su intervención, “si no hay suelo no hay vivienda”. Lo anterior es el abecé de cualquier política de vivienda que queramos articular en la actualidad, pero a partir de ahí pasan más cosas, a partir de ahí entra en juego, en segundo lugar, la garantía de igualdad en el acceso a la vivienda protegida, independientemente de quién la promueva, y se tendrán que extremar las cautelas prohibiendo y estableciendo medidas efectivas de prevención y represión de los sobrecostes o los sobreprecios. Pero es que, en tercer lugar, cuando la vivienda ya ha llegado a su destinatario, tampoco el destinatario debe de estar en condiciones de realizar un valor no ganado. Es fácil entenderlo con un ejemplo. Cuando en Aragón una empresa pública autonómica interviene como gestora de suelo en la ciudad de Zaragoza, de acuerdo con el Ayuntamiento, destina a la construcción de más de nueve mil trescientas viviendas protegidas en diferentes tipologías unos suelos residenciales que, en caso de haberse dedicado a vivienda libre, podrían haber generado unas plusvalías del entorno de seiscientos mil millones de pesetas que, en última instancia, dejan de ingresar los presupuestos públicos y, por ende, el común de los ciudadanos. Malas políticas estaremos haciendo si a los cinco o diez años, como decía algún plan de vivienda de no hace mucho tiempo, resulta que los que han accedido a esas viviendas porque sus condiciones socioeconómicas lo justificaban, descalifican las viviendas, las venden y meten directamente a su bol-

sillo al menos dos veces el precio que pagaron por la vivienda, es decir, lo que pagaron más un beneficio del ciento por ciento. Esto también es especulación en el sentido señalado, también es obtención de una plusvalía no ganada, aunque sea impopular combatirlo. Luego seamos realistas: todo el ciclo de producción, comercialización, uso y disposición de una vivienda da oportunidades especulativas, y si pretendemos impulsar una nueva política de vivienda deberemos examinar todo ese ciclo e intervenir adecuadamente.

La nueva política de vivienda protegida de la Comunidad Autónoma de Aragón arrancó, coherente con lo expuesto, en septiembre del año 2003, con unos cronogramas para la puesta en marcha de un servicio público de vivienda que, si nadie lo remedia, todavía hoy estamos cumpliendo a rajatabla. En septiembre del 2003 presentamos el proyecto de Ley de medidas urgentes de política de vivienda protegida que, una vez aprobado por las Cortes de Aragón, se publicó en el *Boletín Oficial de Aragón* el 31 diciembre de 2003, como Ley de Cortes de Aragón 24/2003, de 26 de diciembre. El primer y fundamental Reglamento de desarrollo, el regulador del Registro de Solicitantes y de adjudicación de vivienda protegida, después de la pertinente tramitación administrativa, se aprobó y publicó en abril de 2004. En mayo de 2005 comenzó a funcionar el Registro de Solicitantes con capacidad de inscripción de solicitantes, ya que estaba en pruebas con capacidad únicamente informativa desde enero del año 2004, es decir, más o menos una semana después de la aprobación de la ley.

De mayo a octubre del año 2004 hemos inscrito a la inmensa mayoría de las unidades de convivencia, la práctica totalidad de los solicitantes que se han dirigido a la Administración de la comunidad autónoma, garantizando algo que también es muy simple, consecuentemente con nuestra intención de prestigiar socialmente las políticas de vivienda, y a lo cual nos habíamos comprometido públicamente, asumiendo los riesgos y los costes que ello supone. No hubo una sola fila. El ciudadano tiene derecho a no hacer fila para dirigirse a la Administración y, en particular, para solicitar una vivienda protegida, y en Aragón hemos garantizado ese derecho. Hasta tal punto ha sido así que cuando la prensa, que en estas cosas es muy celosa, se dirigía a las oficinas de Registro buscando el titular o la foto de la fila lo que encontró fue una atención esmerada y la satisfacción de los ciudadanos. Tal ha sido el funcionamiento del modelo de gestión que el propio Gobierno organizó una visita de los medios de comunicación a los diferentes centros de trabajo para enseñarles todo el sistema. Hemos inscrito, pues, decía, a cuantos solicitantes de vivienda se han dirigido a nosotros, del orden de unos treinta mil; hemos gestionado esos expedientes en poco más de cuatro meses y queremos completar el proceso, comprobando la documentación y los efectos que ello

produce a la hora de participación en sorteos, de poder acceder en primera o segunda transmisión a través de cualquier medio a la vivienda, en poco más de dos meses.

Tenemos ya el sistema para el análisis de la demanda y la gestión de la adjudicación en marcha. Pero al mismo tiempo estamos gestionando los suelos para que las viviendas protegidas que antes intuíamos y hoy sabemos necesarias se hagan. De lo contrario estaríamos haciendo poco. Nuestro objetivo es que de los alrededor de veinticinco mil solicitantes que van a estar inscritos en el año 2005, cinco mil obtengan su vivienda protegida ese mismo año y otros cinco mil en el año siguiente. Si no es así, no nos engañemos, no se podría poner en marcha un sistema como el aragonés, pues sólo serviría para generar insatisfacción en el ciudadano. Hay que llevar a la par las políticas activas de intervención en la producción de la vivienda con las políticas de regulación del mercado.

5. El proceso de producción, comercialización, uso y disposición de la vivienda protegida en la Ley de Cortes de Aragón 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida

Volviendo al objeto central de mi intervención, el proceso de producción, comercialización, uso y disposición de la vivienda protegida, decía anteriormente que la ley aragonesa de 2003 interviene en todos los puntos claves de ese proceso. Trataré de abreviar, porque si no me excederé del tiempo que tengo.

Comenzando por el suelo, voy a ir desgranando sucintamente las medidas que articulan la estructura de la ley. Veamos, en primer lugar, las nuevas reservas de terrenos para vivienda protegida que la Ley de medidas urgentes de vivienda ha establecido modificando lo previsto en la Ley de Cortes de Aragón 5/1999, de 25 de marzo, urbanística. En Aragón fue imposible imponer reservas mínimas de vivienda en la Ley urbanística. Fue imposible. Políticamente, fue imposible. Lo único que se consiguió fue establecer un máximo, es decir, precisamente lo contrario. La Ley urbanística decía que como mucho podría dedicarse el veinte por ciento del aprovechamiento objetivo residencial previsto a vivienda protegida. El análisis que se hizo desde mi Departamento cuando lanzamos la Ley de medidas urgentes de vivienda protegida fue muy simple: si el problema de las reservas no es un problema urbanístico, o es inabordable desde la normativa urbanística, entonces el problema de que se establezcan reservas debe conectarse con la posibilidad de que exista vivienda protegida; es, pues, un problema de vivienda. Llevemos el debate al foro de la vivienda. Pues miren, lo que era imposible políticamente en sede urbanística, fue posible y prácticamente por unanimidad en sede de vivienda. Nadie discutió

políticamente con una mínima firmeza el establecimiento de las reservas, que además se negociaron con los sectores afectados, incorporando una interesante regla del prorrateo para que vivienda libre y protegida se repartiesen entre Administración y propietarios en proporción a sus respectivas aportaciones o adjudicaciones en la reparcelación. Se evita con ello la sistemática adjudicación de los aprovechamientos residenciales protegidos a la Administración y el nefasto debate acerca de los coeficientes de ponderación entre el aprovechamiento residencial libre y protegido. En cuanto a las reservas, en la norma aragonesa varían en función del tamaño de los municipios, de manera que si en Huesca, Teruel y Zaragoza, alcanzan mínimos del cuarenta por ciento de la edificabilidad residencial prevista en el suelo urbanizable, y el treinta por ciento en el suelo urbano no consolidado, en municipios más pequeños, de población superior a cinco mil habitantes, esos mínimos descienden a un veinte por ciento en suelo urbanizable y a un quince por ciento en suelo urbano, y se convierten en máximos en el resto de los municipios, en municipios de población inferior a cinco mil habitantes, en los que el Gobierno, no obstante, puede imponer las reservas mínimas. Hay también algunas reglas técnicas para evitar que en determinados tipos de urbanizaciones se apliquen las reservas, porque ello podría resultar innecesario.

Pero en materia de suelo, en segundo lugar, se establecen también algunas medidas que afectan a los terrenos de titularidad pública. La ley ha transformado radicalmente, y aquí sí que estamos asumiendo a diario costes políticos, los procesos de gestión de los suelos públicos. En Aragón no se pueden subastar suelos residenciales libres, está prohibido por ley. No se pueden subastar suelos residenciales libres. La enajenación de los suelos destinados a usos residenciales libres tendrá lugar por permuta, ya sea por suelo, por equipamientos o por obra, sin que quepa en ningún caso la subasta (aunque a este respecto se está estudiando la posibilidad de excepciones en municipios no obligados a establecer reservas para vivienda protegida, siempre con informe favorable del Departamento de Vivienda). Y en cuanto a los suelos destinados a usos residenciales protegidos, deberán enajenarse por concurso, limitándose la adjudicación directa a la transmisión entre administraciones o entre entidades instrumentales de esas administraciones para facilitar la concertación y ejecución de políticas de vivienda (se incluye como entidad instrumental la sociedad mercantil de capital íntegramente público, que se considerará empresa pública de la Administración con mayor participación en capital o, si la participación es igual, de la que señalen sus estatutos).

Esta regulación del régimen de enajenación de suelos proyectó sus efectos sobre las tipologías de vivienda. La ley asume la distinción tradicional entre viviendas pro-

tegidas de promoción pública y de promoción privada, pero introduce algunas determinaciones, algunas reglas adicionales, tomadas en alguna medida de experiencias similares en su origen de otras comunidades. Así se contemplan, como categorías específicas dentro de la vivienda protegida de promoción privada con un particular régimen jurídico, la vivienda protegida concertada, que es la que se desarrolla sobre suelos adquiridos de la Administración, o que cuentan con ayudas directas a la urbanización, o la de alquiler con subvenciones a fondo perdido, y la vivienda de promoción privada convenida, que es aquella calificada como tal cuando se reciban otras ayudas públicas en el marco de convenios entre el promotor y la Administración. El régimen jurídico de unas y otras tipologías es, como decía, distinto. ¿En función de qué criterio se diferencian regímenes jurídicos? En función nuevamente de un criterio muy simple, el esfuerzo público en la producción de la vivienda. Así, distinguimos las siguientes categorías:

–Vivienda de promoción pública, sobre suelo público y con financiación pública. Procedimiento de acceso: sorteo. Posibilidad de descalificación: ninguna. No es descalificable.

–Vivienda de promoción privada concertada: el suelo es público, la financiación y la promoción es privada. Procedimiento de acceso: sorteo. Posibilidad de descalificación: a partir de los veinte años, no antes. Posibilidad, únicamente posibilidad de descalificación. En Aragón estamos a la espera de ver qué hace el Estado, con esto que se ha anunciado del mantenimiento del régimen de protección durante toda la vida útil de la vivienda.

–Vivienda de promoción privada convenida: en principio, lo que diga el convenio. Pero ahí como posibles contenidos del convenio está el establecimiento de procesos de adjudicación por sorteo, e incluso la integración plena en el sistema de la vivienda protegida concertada a cambio de la obtención de determinadas ayudas adicionales a más a más, respecto a las previstas en el plan de vivienda (como la admisión de un cierto porcentaje de vivienda protegida de precio tasado en la promoción, por ejemplo). Cabe la posibilidad de descalificación una vez transcurridos veinte años desde la calificación definitiva, si bien debo remitirme a la advertencia que realizaba al referirme hace un momento esta cuestión. Desde el año 2001 no se ha descalificado ni una sola vivienda protegida en la Comunidad Autónoma de Aragón.

–Resto de vivienda protegida de promoción privada. El régimen de adjudicación obliga al promotor a someter a aprobación administrativa los criterios de adjudicación y los listados provisionales de adjudicatarios. La adjudicación definitiva tiene lugar mediante resolución de la Dirección General de Vivienda. Puede solicitarse la descalificación una vez transcurridos quince años desde la calificación definitiva, salvo en el caso de la vivienda

protegida de precio o renta tasados, en relación con la cual dicho plazo mínimo es de diez años.

Vemos por tanto cómo se diseñan regímenes jurídicos sobre la base de la convicción de que un mayor esfuerzo público justifica una mayor incidencia y exigencia de los principios de igualdad de acceso, de transparencia, de concurrencia, etcétera, etcétera.

La Ley de medidas urgentes regula también en todos los aspectos la transmisión de las viviendas protegidas, es decir, llegando a conformar, según se ha dicho, un mercado específico de vivienda protegida en el cual están tasadas las condiciones de la transmisión y las condiciones del adquirente. Tanto las primeras transmisiones, por supuesto, como las ulteriores, quedan todas ellas sujetas a autorización previa. Pero no se trata de una autorización previa cualquiera, cuya inexistencia carezca de consecuencias o remita a un genérico régimen sancionador administrativo. La falta de autorización previa comporta la nulidad de cualquier escritura pública que documente la transmisión, y por tanto la imposibilidad de que acceda al Registro de la Propiedad.

Tan contundente y arriesgada determinación de la ley autonómica suscitó una inmediata discusión, desde el día siguiente al de su aprobación, sobre su cobertura competencial y la posible lesión a principios esenciales del sistema de fe pública español. En todo caso, desde el Gobierno de Aragón defendemos la norma, que por cierto no fue impugnada por el Estado, argumentando que la apuntada previsión constituye una aplicación sectorial, al ámbito de la política de vivienda, de un instrumento general, el sistema de fe pública y de la protección registral. ¿Ha sido efectiva esa previsión legal? No se pueden imaginar hasta qué punto. La primera circular que hizo la Dirección General de Vivienda tras la entrada en vigor de la ley fue precisamente una circular consensuada con el Colegio Notarial, y que se mandó por dos conductos a la vez: la Dirección General de Vivienda a todos los servicios de la Administración de la comunidad autónoma, y el Colegio Notarial a todos sus colegiados. Una circular y otra coinciden en lo sustancial. Y se están respetando permitiendo que la ley se cumpla. Baste una anécdota para ilustrar el celo en la exigencia del cumplimiento de la Ley de medidas urgentes: la semana pasada uno de los directores provinciales llama a la dirección general desde una oficina notarial diciendo que el notario no le deja firmar una escritura. Y preguntamos: ¿Por qué? ¿Qué estáis haciendo? ¿Qué estáis documentando? Responde el director provincial que se trata de una aportación de una vivienda protegida a la comunidad de gananciales. Y, efectivamente, tal aportación está sujeta a autorización. No se podía firmar, el criterio del notario era correcto. Es decir, el notario paró al funcionario autonómico que iba a hacer algo sin la preceptiva autorización, y el notario sí es plena-

mente consciente de que el título hubiera sido nulo, y el registrador, sin duda, hubiese formulado el reparo correspondiente. Luego, el sistema funciona, y ésta sí es una cuestión que debería regular, y con toda claridad y con toda urgencia, el Estado.

Se han establecido también una serie de derechos de adquisición preferente a favor de diversas administraciones aragonesas, incluyendo la opción de compra sobre cualesquiera promociones de viviendas protegidas, siguiendo el modelo de Cataluña, que puede dar lugar a actuaciones muy contundentes. Así, tan pronto dispongamos de listas de espera territoriales de solicitantes de vivienda, la comunidad autónoma podrá simplemente ejercer la opción de compra sobre una promoción completa a favor de los primeros de la lista, que serán los que comprarán directamente y por tanto sin duplicar el coste fiscal, notarial y registral. Por supuesto, se contemplan los derechos de tanteo y retracto, que también podrán ejercerse a favor de tercero, en segundas o ulteriores transmisiones de viviendas protegidas.

Hemos también renovado todo lo relativo a la inspección y régimen sancionador, convirtiendo la inspección de vivienda, que se creó en Aragón hace tres años, en una unidad verdaderamente funcional, que está ejerciendo sus competencias de manera contundente. Porque ahora tiene incluso capacidad, a modo y manera de como ocurre en el urbanismo, de adoptar medidas de restauración de la legalidad, hasta el punto de haber llegado en algún momento a advertir del posible cierre de determinadas oficinas en las que se estaban ofreciendo cosas que no eran del todo ciertas desde el punto de vista de la normativa de vivienda protegida (cierre que no fue finalmente preciso, dados los concluyentes efectos del simple aviso). Así pues, se han establecido mecanismos poderosos de inspección en materia de vivienda, pero se ha clarificado también el régimen de responsabilidad de los gestores de cooperativas o entidades análogas, de los promotores y de las propias entidades cooperativas.

Y todo lo anterior lo hemos hecho mientras poníamos en marcha el Registro de Solicitantes de Vivienda Protegida de Aragón, que es mucho más, debo advertirlo desde el principio, que un simple listado de solicitudes. El registro, en el que están los solicitantes, incluye también las promociones y, en consecuencia, a los promotores, pero también a los titulares de viviendas protegidas. Es el quicio en torno al cual giran muchas de las novedades introducidas por la Ley de medidas urgentes de política de vivienda protegida. El registro ha sido presentado al ciudadano como la puerta de acceso a la vivienda protegida, que antes no existía. El propio mensaje de la campaña publicitaria —“¡Toc, toc!”— ha dado nombre a las oficinas. Y así las conocen los aragoneses. La llamada en la puerta, el “¡Toc, toc!”, es la imagen central de la campaña de publicidad que se ha utilizado en

Aragón, mostrando el carácter amable y accesible que quiere tener el nuevo modelo de gestión. Todos los interesados se han inscrito en el Registro en un periodo de tiempo récord. Esas inscripciones son la base de todo y han de centrar nuestros esfuerzos en el futuro. Una vez concretados los requisitos objetivos de acceso a viviendas protegidas, sabemos ya cuál es la demanda. No sólo eso, sabemos en qué municipios se demanda vivienda, cuáles son los rangos de renta de los demandantes de vivienda, cuál es la composición de las unidades de convivencia, cuáles son las edades de los solicitantes, cuantas unidades tienen minusválidos y cuántos de ellos tienen movilidad reducida, cuántas unidades son familias numerosas o monoparentales, y su composición. Tenemos unos datos de valor incalculable. Tenemos para diseñar y hacer realidad políticas de vivienda eficaces y eficientes, superando los momentos en que nos veíamos obligados a hacer políticas de vivienda intuitivas. Yo mismo, no sin ánimo provocador, al llegar al departamento, y oír decir a mi jefe inmediato, el consejero de Obras Públicas, que “hay que hacer viviendas”, le preguntaba: “¿Por qué?, y ¿dónde?, y ¿cuántas?, y de ¿qué tamaño?, y ¿dirigidas a qué niveles de población?”, interrogantes que, salvo el relativo a las doce mil viviendas, compromiso de legislatura de mi partido, quedaron sin respuesta. No teníamos entonces ningún dato que nos permitiese dar respuesta a todas esas preguntas. Ahora empezamos a tenerlos.

Lógicamente, para concretar la demanda resultaba imprescindible, como he señalado, concretar los requisitos de acceso a las viviendas protegidas. Rompíamos así con una situación que no condicionaba la adquisición o el acceso a las viviendas protegidas sino únicamente la obtención de financiación cualificada. Ahora, en Aragón han de reunirse determinados requisitos para acceder a una vivienda protegida independientemente de que, además, se tenga o no derecho a obtener financiación cualificada. Y, ¿cuál es el fundamental requisito de acceso? Y aquí el ejemplo magnífico lo proporcionó en su día la Comunidad Autónoma del País Vasco, que del negativo “no tener vivienda” pasó al positivo “tener necesidad de vivienda”. Obviamente, tiene necesidad de vivienda quien no tiene vivienda, pero puede ocurrir que personas que, excepcionalmente, tengan necesidad de vivienda, en determinadas situaciones que necesariamente han de ser, y son en la normativa aragonesa, objetivas, y que normalmente son independientes de la voluntad de los propios solicitantes. Podemos ahora decir que los solicitantes de vivienda protegida en Aragón, una vez inscritos en el registro, tienen necesidad de vivienda. La cuestión es esencial. Frente a lo que ocurría anteriormente, ahora las viviendas protegidas deberán destinarse a quienes las necesitan y no a otros. Ahora que el Gobierno de Aragón debe autorizar todas las transmisiones de viviendas protegi-

das estamos detectando supuestos en los que se pretendían realizar transmisiones a favor de personas que tenían hasta siete viviendas protegidas en la Comunidad Autónoma de Aragón. Sí, siete, y querían comprar la octava, algo que ya no es posible porque, obviamente, esas personas no pueden acceder al registro y, no hallándose inscritos, no pueden acceder a una vivienda protegida ni en primera transmisión ni en segunda transmisión.

Lo anterior pone de manifiesto que si el registro es un instrumento fundamental desde el punto de vista informativo, lo es todavía más desde el punto de vista de la gestión de procedimientos de control o de adjudicación en sede autonómica o en sede local, en función de qué Administración promueva o impulse la promoción. Administración autonómica y local van a utilizar los datos comunes, pues la gestión está hecha con carácter general y el registro está permanentemente abierto.

Técnicamente, desde la perspectiva de la profunda renovación de los canales de relación del ciudadano con la Administración, la experiencia de puesta en marcha del Registro de Solicitantes es también muy interesante. Todo ha girado en torno a un sistema de atención multicanal (teléfono, internet, cita previa), un sistema moderno que se basa en la idea que antes expresaba, y que preocupaba mucho al Gobierno de Aragón. El ciudadano tiene derecho a no hacer fila para dirigirse a la Administración, y la Administración tiene, no nos engañemos, desde el punto de vista de los gestores políticos, la necesidad de que no haya filas, porque eso haría impopular la política de vivienda. Bueno, pues en Aragón los ciudadanos no han hecho ni una sola fila para acceder al registro. Lo han hecho fundamentalmente a través de un número de teléfono, con el que les hemos bombardeado mediáticamente, el 900 122 132, lo han hecho también a través de internet en la página www.viviendaragon.org, y han accedido también a través de un sistema de cita previa que ha funcionado de maravilla, con capacidad para atender incluso a ciudadanos que iban sin la cita cuando había huecos. Todo ha funcionado de manera prácticamente perfecta, sin ningún tipo de incidentes, hasta llegar al momento actual. Ahora los ciudadanos inscritos en el registro, los solicitantes de vivienda con necesidad acreditada de ella, son nuestro referente, a quienes debemos atender. Pero son también nuestros aliados en el diseño e impulso de políticas de vivienda más audaces, más ambiciosas.

Bueno, esto es parte de lo que estamos haciendo en Aragón. No sé si con buen o mal criterio, pero es parte de nuestro trabajo. Ni es todo, ni es suficiente. Se enmarca en tres paquetes de medidas que hemos de desarrollar en esta legislatura. El primero lo tenemos ya muy avanzado y se centra en cuanto he expuesto a lo largo de mi intervención; el segundo, la puesta en marcha del primer plan aragonés de vivienda y suelo (pues

será el primero con líneas propias y nuevas tipologías de vivienda), lo estamos desarrollando ahora, negociándolo con entidades financieras y, sobre todo, con todos los operadores privados. Este plan de vivienda aragonés, que no será como los desarrollados hasta ahora simplemente ejecutivo del estatal, sin aportar nada nuevo, se basará en la creación de la vivienda de precio o renta tasados cuyos objetivos son, fundamentalmente, movilizar los suelos privados potenciando su rentabilidad, hacer que la vivienda de precio tasado tire en esos suelos privados de las restantes tipologías, con las cuales deberá combinarse en cada promoción, y liberar de presión al módulo de las tipologías tradicionales de vivienda protegida, que si continúa subiendo va a excluir a los solicitantes con menos recursos del sistema de vivienda protegida. Estamos, por tanto, creando nuevas tipologías forzando que se combinen en cada promoción con las actuales para evitar lo que ha ocurrido en comunidades como la madrileña, donde los suelos destinados a vivienda protegida no se promovían esperando la pertinente recalificación. Y el tercer paquete de medidas, que llegará al final de la legislatura, consistirá en la recopilación y renovación de la normativa de vivienda protegida, que se unificará y simplificará bajo el referente único de la vivienda protegida de Aragón (de promoción pública o privada, y ésta, a su vez, de régimen especial, precio máximo o precio tasado, dejando ahora al margen las viviendas protegidas en régimen de alquiler).

6. Una última cuestión: la planta municipal aragonesa

Quedaría mucho por decir. Una última cuestión quiero mencionar. La política de vivienda en Aragón tiene en cuenta el tamaño de los municipios porque la realidad del municipio en mi tierra es extraordinariamente complicada. Tenemos 730 municipios para 1.200.000 habitantes (en Andalucía hay 8.800 municipios para 8.000.000 habitantes). Esto es para nosotros un problema tremendo, porque la inmensa mayoría de esos municipios tienen una nula capacidad de gestión. Pero eso no significa que no exista necesidad de vivienda. La hay y nos hemos propuesto atenderla a través de la empresa pública de Aragón, la sociedad Suelo y Vivienda de Aragón, S.L.U. Su actuación se basa en tres principios muy sencillos: demanda de vivienda protegida, disponibilidad de suelo y equilibrio financiero de la actuación. Si se dan esas circunstancias, SVA hace todo lo demás. El ayuntamiento pone el suelo y el Gobierno de Aragón pone todo lo demás, pone la financiación, pone la capacidad técnica y pone la dirección de la promoción.

En fin, creo que me he excedido ya del tiempo concedido. Sin duda es el resultado de lo que les decía al principio de mi intervención: creo en lo que estoy haciendo. ■

7. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Navarra

Martín M.^a Razquin Lizarraga
*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Pública de Navarra*

1. Introducción.
2. Precisiones previas.
- 2.1. Régimen foral. 2.2. Los problemas de la vivienda.
3. Planteamientos normativos ante los problemas de la vivienda.
- 3.1. La legislación urbanística. 3.2. La normativa fiscal.
4. La nueva Ley foral de vivienda.
- 4.1. Tipología de viviendas de protección pública. 4.2. El alcance de la protección pública. 4.3. Requisitos de acceso a las viviendas protegidas. 4.4. El control y la lucha contra el fraude en materia de vivienda protegida.
5. Reflexión final.

1. Introducción

Ante todo, para intentar ajustarme perfectamente al tiempo, quiero comenzar agradeciendo sinceramente la invitación que se me hace para estar esta mañana en Barcelona. Agradezco a la Universidad de Barcelona, fundamentalmente a Juli Ponce, su invitación.

Asimismo quiero advertir, antes de iniciar la exposición relativa a Navarra, que no tengo ninguna responsabilidad política ni administrativa en la comunidad foral, sino que simplemente soy profesor titular de Derecho administrativo de la Universidad Pública de Navarra, habiendo dejado hace tiempo de lado la faceta de prestación de servicios en las instituciones legislativas o ejecutivas, aunque he colaborado y he dirigido el equipo que realizó la nueva Ley foral de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra, del año 2002. Ello supone que mi intervención va a centrarse, por tanto, en la vertiente estrictamente jurídica, en especial, en el análisis de las novedades que en estos últimos años, fundamentalmente en estos dos últimos años, se han producido en Navarra en materia de vivienda.

2. Precisiones previas

Procede, en primer término, efectuar dos precisiones previas en relación con la vivienda en Navarra.

2.1. Régimen foral

La primera de ellas radica en que Navarra es una comunidad foral con un régimen jurídico singular, aspecto que es de todos conocido, y ese régimen jurídico singular tiene una pieza sustancial que es el sistema de convenio económico, que supone un modo de financiación singular de la comunidad foral. Este sistema foral de financiación tiene una incidencia sustancial en materia de vivienda por cuanto que Navarra está fuera del eje de la intervención que en esta materia tiene el Ministerio de Vivienda. Navarra, ya desde el año 1992, ha ido labrando su propio camino, dado que desde dicha fecha ya no se celebró ningún convenio con el Estado en esta materia de vivienda. Por tanto, Navarra ha seguido su línea y ha creado su propio sistema de vivienda, configurando lo que cabe calificar como una regulación propia completamente diferente de la del Estado.

Esta política pública propia de vivienda se desarrolla en tres perspectivas, que ahora ya pueden anunciarse sin perjuicio de su posterior análisis más detallado. En primer lugar, Navarra cuenta con una reciente ley en materia urbanística, la Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre; en materia de vivienda se ha aprobado este mismo año una ley específica, que es la Ley foral de vivienda (Ley foral 8/2004, de 24 de junio); y en materia fiscal Navarra tiene autonomía tributaria, lo que le permite

regular sus tributos a través de las leyes forales correspondientes a cada uno de los diferentes impuestos.

Ejemplo de lo que aquí se afirma puede verse si se consulta la página web del Ministerio de Vivienda, donde puede verse que aparecen todas las promociones públicas de las comunidades autónomas, excepto las de Navarra y el País Vasco. Su exclusión está motivada porque están fuera del sistema general.

2.2. Los problemas de la vivienda

La segunda precisión previa responde al intento de responder a la pregunta de dónde nos encontramos en materia de vivienda, es decir, a qué problemas nos enfrentamos. En definitiva, a mi juicio, nos encontramos con un único problema: el gran aumento del precio de la vivienda, unido al cual se halla el de la escasez de construcción de vivienda protegida, con la consecuencia de las dificultades o enormes esfuerzos de los ciudadanos para disfrutar de una vivienda.

Es un hecho fácil de constatar que el problema principal en materia de vivienda es la construcción de las viviendas protegidas. Cualquier persona puede comprobar si realiza un viaje por la península, asimismo yo lo compruebo todos los días en la comunidad foral, que al pasar por un lugar por el que no había estado hacía pocas fechas, aparecen grúas y nuevas urbanizaciones y viviendas. Se constata que estamos rodeados de grúas, lo que significa que cada año se está construyendo un número significativamente superior de viviendas. Reparando en Navarra, los datos que ofrece el Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda del Gobierno de Navarra son elocuentes: el año 2002 fue el año de mayor construcción de viviendas en Navarra, si se compara con años anteriores, y, sin embargo, fue también uno de los años en que se ha construido un menor número de viviendas protegidas.

Es preciso, entonces, interrogarse sobre el porqué no se construyen viviendas protegidas. Se ha apuntado, como primera razón o causa de esta escasez de vivienda protegida, la falta de suelo. A mi juicio, esta causa debe ser matizada, puesto que no hay falta de suelo destinado a la construcción de viviendas, ya que los planes urbanísticos tienen previsiones de suelo a urbanizar y edificar en cantidad suficiente para varios años. En cambio, lo que sí falta es suelo urbanizado para la construcción, dado que desde la planificación hasta la urbanización y posterior edificación el proceso suele ser largo, lo que supone que las medidas planificadoras a veces se desarrollan en otros ciclos económicos o en circunstancias diferentes a las inicialmente previstas. Incluso, convendría hacer una última matización en el sentido de que, especialmente, falta suelo urbanizado para la construcción de viviendas protegidas y las previsiones de la

construcción de éstas se hacen realidad transcurridos muchos años.

La segunda causa que se aduce para explicar el escaso número de viviendas protegidas construidas es la falta de interés de la promoción privada, fundamentalmente porque la promoción privada (como así suelen manifestar sus representantes –asociaciones de promotores y constructores– en las reuniones que se celebran con ellos) carece de interés puesto que, a su juicio, no es rentable económicamente construir vivienda protegida. Principalmente, el fondo de esta causa se encuentra en que se achaca que los módulos están totalmente desfasados y que, en consecuencia, al promotor no le interesa construir vivienda protegida porque más o menos, en un lenguaje muy breve, dice que pierde dinero.

En tercer lugar, la actuación de los poderes públicos ha sido una actuación en muchos casos bastante reducida y condicionada. Refiriéndome a Navarra, cabe observar que, hasta hace muy pocas fechas, prácticamente hasta el año 2002, no se ha constituido en Navarra, aunque sí que existe una empresa pública que ha promovido viviendas protegidas (VINSa), el Banco Foral de Suelo Público, como medida de promoción de la construcción de vivienda protegida. Además, siempre está presente y se halla detrás de las actuaciones en el ámbito del urbanismo la cuestión de la financiación municipal, dado que suele verse en el urbanismo una fuente adicional de ingresos para nutrir las depauperadas arcas municipales.

Una causa añadida que, al menos, aparece en Navarra de forma relevante, es la propia reducción del parque de viviendas protegidas, que se produce por medio del instrumento de la descalificación voluntaria, la descalificación anticipada, que sustrae viviendas del ámbito de las viviendas protegidas para pasarlas al mercado “libre”.

No puede olvidarse tampoco el gran número de viviendas desocupadas. Por ejemplo, en Navarra la cifra que suele manejarse señala que su número asciende a treinta mil viviendas desocupadas. Sí que es cierto que en la normativa propia de Navarra se contempla a nivel municipal (Ley foral de las haciendas locales de Navarra) el impuesto sobre viviendas desocupadas, que sin embargo no se ha aplicado nunca.

Finalmente, ya dentro de la vivienda protegida, se plantea otro importante problema que aparece cuando ya por fin se han hecho unas pocas viviendas protegidas, y que consiste en que la adjudicación de esas viviendas protegidas se hace caso por caso en función de diferentes parámetros para cada promoción. Ello provoca que una misma persona queda en el baremo de una promoción en una posición y en otra completamente diferente en otra promoción. Ello obedece a la inexistencia de unos criterios unificados en relación con las peticiones de los solicitantes en orden a determinar su posición para acceder a una vivienda protegida.

3. Planteamientos normativos ante los problemas de la vivienda

Es hora ya de preguntarse qué soluciones se están dando ante los problemas de la vivienda. En el marco de mi intervención, ¿qué soluciones jurídicas se está intentando dar a estos problemas desde la legislación foral de Navarra? Las soluciones han venido desde el campo del urbanismo, desde la normativa fiscal y, sobre todo, muy recientemente, desde la regulación directa de la protección de la vivienda.

3.1. La legislación urbanística

La primera vía que cabe mencionar se encuentra en la modificación de la Ley urbanística, la aprobación de una nueva Ley urbanística que sustituye a la legislación anterior de 1994, que es la Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo.

Esta nueva ley foral de 2002 ya en su exposición de motivos señala que uno de los problemas esenciales también del urbanismo es dar solución al derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada que tienen los ciudadanos.

En su regulación de los instrumentos de ordenación territorial, se contempla la posibilidad de que a través de ellos el Gobierno de Navarra pueda prever áreas o actuaciones residenciales. Se trata de una vía ya explorada y utilizada por el Gobierno de Navarra con anterioridad. Ahora se prevé que los planes directores de acción territorial o los planes sectoriales de incidencia supramunicipal contengan este tipo de actuaciones, que pueden ser calificadas como macroactuaciones, en el intento de realizar la construcción de viviendas y, sobre todo, de viviendas protegidas.

Las disposiciones más importantes de esta Ley foral urbanística en relación con la vivienda se condensan en los dos siguientes aspectos: primero, en las reservas de suelo para la construcción de vivienda protegida, y, segundo, en la intervención pública en el mercado del suelo, es decir, los patrimonios públicos de suelo.

En relación con la reserva de suelo para viviendas protegidas regulada en el artículo 52 de la Ley foral 35/2002, debe advertirse que dicho precepto ha sido ampliado y complementado por una disposición adicional de la nueva Ley foral de vivienda de 2004. El mencionado artículo 52 prevé nada más y nada menos que una reserva del cincuenta por ciento de la nueva capacidad residencial que se debe destinar a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, es decir, cincuenta por ciento de reserva que en la última modificación tiene que ser obligatoriamente el veinticinco por ciento para viviendas de VPO, y el otro veinticinco por ciento para el resto de clases de vivienda protegida. Además de esta reserva, también hay otras dos medidas que considero que son

importantes. En primer lugar, las cesiones obligatorias que reciben los municipios, el famoso diez por ciento del aprovechamiento, se configura directamente como patrimonio municipal del suelo. Y en segundo lugar, se obliga a que el planeamiento disponga otra cesión obligatoria que es la cesión de diez metros cuadrados por cada cien metros cuadrados construidos de uso residencial con carácter supramunicipal para viviendas de protección pública. Este diez por ciento se integra directamente en el Banco Foral de Suelo Público que corresponde a la actuación del Gobierno de Navarra.

El título VI de la Ley foral urbanística se refiere al mercado del suelo, donde configura y regula tanto el patrimonio municipal del suelo como el Banco Foral de Suelo Público. Sin embargo, dado que en esta jornada va a exponerse con una intervención específica el régimen de los patrimonios públicos de suelo, dejo de lado esta cuestión.

3.2. La normativa fiscal

No puede olvidarse la normativa fiscal, puesto que Navarra tiene su propia regulación tributaria en relación con la vivienda, especialmente respecto de la adquisición o alquiler de vivienda, en razón de su sistema peculiar de convenio económico.

Así, en la normativa foral sobre el IRPF, se contempla la deducción en cuota del quince por ciento con un máximo anual, aunque esta deducción varía de porcentaje en razón también del nivel de familia, y si es familia numerosa incluso se puede llegar hasta el treinta por ciento. Asimismo, se regula la deducción por alquiler, con una serie de requisitos. En el impuesto de sociedades, se establecen unas deducciones específicas para las empresas promotoras de vivienda en alquiler.

4. La nueva Ley foral de vivienda

Evidentemente, el elemento esencial y específico de la regulación de la vivienda en Navarra se encuentra en la reciente Ley foral 8/2004, de 24 de junio, de protección pública de la vivienda en Navarra. Se trata de una ley de vivienda, pero también ha efectuado alguna interrelación con el urbanismo, tal como se ha expuesto más arriba, mediante la modificación de algunos preceptos de la Ley foral de ordenación del territorio y urbanismo.

En primer término, es preciso proceder a un examen o valoración global de la Ley foral de vivienda. Para esta aproximación cabe destacar cuatro ideas básicas de la nueva ley foral:

1.^a La primera de ellas es la potenciación de las viviendas de protección pública. Por eso esta ley foral reforma la legislación urbanística, la tipología de las viviendas protegidas e, incluso, recoge un compromiso legal de que el Gobierno de Navarra (así lo dice de forma textual

la ley foral) se compromete a promover y garantizar la construcción de trece mil viviendas de protección pública en el próximo cuatrienio, es decir, es un mandato de la ley que establece ese compromiso del Gobierno.

2.^a Como segunda idea básica puede expresarse la potenciación o apertura del alquiler de viviendas. Se pretende que el alquiler sea un sistema de acceso a la vivienda que se halle en una cierta igualdad con la adquisición de vivienda, es decir, que el alquiler constituya una alternativa real a la adquisición de vivienda de propiedad.

3.^a La propia ley foral (y sus responsables políticos) han afirmado que el aspecto más novedoso de la misma radica en la fijación de un baremo único para la adjudicación de viviendas.

4.^a La Ley foral de vivienda articula una serie de medidas muy importantes, muy diversas, en lo que la propia ley denomina como la lucha contra el fraude en materia de viviendas protegidas.

Expuestas las ideas principales de la nueva Ley foral de vivienda, procede de forma resumida y sistemática, analizar el contenido de dicha ley foral, bajo la perspectiva de referirse solamente a los aspectos más importantes y, a mi juicio, más novedosos que pueden incidir dentro de lo que podría calificarse como divergencia con la legislación estatal o con otras leyes autonómicas de vivienda. Estos aspectos son los siguientes.

4.1. Tipología de viviendas de protección pública

En primer lugar, la ley foral modifica la tipología de las viviendas de protección pública. Aparecen ahora cuatro tipos de viviendas de protección pública:

- Las viviendas de VPO de régimen general.
- Las viviendas de VPO de régimen especial.
- Las viviendas de precio tasado.
- Las viviendas de precio pactado.

Esta nueva tipología responde a la intención del legislador de crear cuatro tipos de vivienda en una estructura escalonada, que tiene íntima relación con las posibilidades de los ciudadanos para acceder a este tipo de viviendas, es decir, cada tipo de vivienda va a tener relación con las rentas de los ciudadanos que pueden acceder a cada uno de los cuatro tipos de vivienda protegida en función de sus ingresos económicos. Esta reforma obedece a la situación existente en Navarra de que muchos ciudadanos quedaban fuera del mercado de vivienda protegida no sólo por su propia marginalidad (incapacidad de afrontar la compra de cualquier tipo de vivienda, como apuntó el *conseller* en su intervención), sino también porque resultaba que tenían un nivel de ingresos que superaba el exigido para las viviendas protegidas. Es el caso de personas que han terminado su carrera, comenzaban a trabajar y gozaban de un nivel de

ingresos que no les permitía, dada su cuantía (que superaba las fijadas para acceder a cualquier tipo de vivienda protegida), optar a una vivienda de protección pública, pero tampoco se hallaban en condiciones (dado su nivel de ingresos y su reducido tiempo de trabajo laboral) de optar al mercado libre porque los precios hacen imposible la adquisición de una vivienda. De ahí que estas cuatro clases, esta tipología cuádruple de las viviendas protegidas, esté prevista como fórmula para abrir el abanico de acceso de los ciudadanos a una vivienda protegida.

La tipología de viviendas influye en aspectos muy importantes, ya he señalado uno, que es el sistema de acceso en función de la renta. Otro es la propia extensión de la vivienda, es decir, la extensión de la vivienda varía en función de que sea vivienda de protección oficial o de precio tasado o de precio pactado. Un tercer elemento, seguramente el más importante, es el coste de adquisición de la vivienda. El coste de la vivienda es una de las cuestiones fundamentales y viene diferenciado desde la repercusión del suelo, puesto que la repercusión del suelo en las viviendas de VPO y en las viviendas de precio tasado o de precio pactado es diferente (17,5% en las viviendas de VPO, 20% en las viviendas de precio tasado, y 21,5% en las de precio pactado). Es evidente que esto va a influir en el precio final de la vivienda, en razón de que el coeficiente multiplicador del módulo es diferente para cada tipo de viviendas. En Navarra ha preocupado de forma especial la cuestión relativa al módulo de las viviendas protegidas, que ha dado incluso lugar a diversas intervenciones parlamentarias a lo largo de estos últimos años, en orden a solventar las dificultades expresadas por los promotores de viviendas protegidas en el sentido de que con la cuantía de los módulos establecidos era prácticamente imposible construir viviendas protegidas. Por ello, fruto de esta preocupación, en Navarra se ha hecho una actualización muy importante de los módulos, incluso, los módulos para el año 2004 vienen fijados en la disposición transitoria octava de la Ley foral de vivienda (931 euros por metro cuadrado útil el módulo ponderado y 890,91 euros el módulo sin ponderar). Hay que advertir la importante novedad producida en la fijación del módulo en los últimos años (así la Ley foral de 2002, de actualización del módulo), en el sentido de intentar que su actualización sea anual y se efectúe con arreglo a unos criterios objetivos técnicos que atendieran a los costes de mercado, quedando fuera, en la medida de lo posible, del debate político e incluso del debate propio de los agentes económicos y sociales. Por tanto, se da entrada para la fijación de estos criterios a la Cámara de Comptos (el Tribunal de Cuentas propio de Navarra) que realiza un informe anual sobre el módulo (así puede verse su último informe de 2004 sobre adecuación de módulo de vivienda de protección oficial a los costes reales). En función del informe de la Cámara de

Comptos se va fijando anualmente el importe del módulo, de modo que con dicha cuantía se entiende que puede haber ya un beneficio empresarial y, por tanto, deshacer el argumento de que no se construyen viviendas protegidas ante la falta de incentivo económico para los promotores.

4.2. El alcance de la protección pública

El segundo bloque de materias se refiere a los aspectos a los que alcanza la protección que ofrece la nueva Ley foral de vivienda. Ésta protege la promoción, la adquisición de vivienda, el alquiler con dos figuras muy importantes, el arrendamiento con opción de compra y los programas especiales para la juventud, y también la rehabilitación de viviendas. El contenido de la protección se concreta tanto en las ayudas que se conceden como en los beneficios fiscales, intentando que las ayudas se acerquen a la realidad actual del problema de acceso a la vivienda y del esfuerzo que los ciudadanos tienen que hacer en ese acceso a la vivienda. La situación social ha cambiado de forma notable: los préstamos que, hasta hace pocas fechas, pedían los ciudadanos para la adquisición de la vivienda podían tener una duración de dieciocho o veinte años, pero ahora se ha incrementado de una forma importante el plazo de tiempo, que es bastante superior. La Ley foral de vivienda ha tenido que tener en cuenta este cambio social y económico, y así en su artículo 12, sobre concesión de préstamos, la subsidiación de los mismos se contempla para unos plazos muy superiores a la legislación anterior, para acomodarse a esas modificaciones tan sustanciales producidas en los plazos de amortización de los préstamos hipotecarios que se solicitan para adquirir viviendas protegidas.

4.3. Requisitos de acceso a las viviendas protegidas

Ya se ha adelantado que una de las ideas o cuestiones más importantes de la Ley foral de vivienda es la de establecer cuáles son los requisitos de acceso a la vivienda de los ciudadanos y, en relación con la regulación de este acceso, el intento de establecer un baremo único para todas las promociones públicas o privadas de viviendas protegidas. En primer lugar, se establecen unos requisitos generales para el acceso a la vivienda protegida que son más o menos los comunes de cualquier política de vivienda (que se destine a residencia habitual, que no se posea otra vivienda, etc.). Después se contemplan unos requisitos específicos para cada tipo de vivienda protegida en función de los ingresos familiares ponderados de cada persona que desee acceder a una vivienda protegida: tener ingresos inferiores a 2,5 veces el salario mínimo interprofesional para las viviendas de protección oficial de régimen especial,

inferiores a 5,5 veces para las viviendas de protección oficial de régimen general, o inferiores a 7,5 veces para las viviendas de precio tasado y las de precio pactado.

Y una vez que se cuenta con el producto final, la vivienda protegida, la Ley foral de vivienda establece un sistema de reparto o de adjudicación de esas viviendas protegidas entre los ciudadanos que solicitan, que quieren optar a esas viviendas. El sistema de adjudicación se divide en tres fases u operaciones. En primer lugar, del total de viviendas protegidas a adjudicar se establecen una serie de reservas a favor de determinados colectivos: personas minusválidas en función de discapacidad motriz grave, familias numerosas, víctimas del terrorismo, personas víctimas de violencia de género, personas afectadas por realojos urbanísticos, etc. Estas personas tendrán unas viviendas de reparto cuya adjudicación está reservada a ellas, viviendas que se separan del total inicial. El resto de viviendas se adjudicarán a todas las personas que están empadronadas en cualquier municipio de Navarra. Aparece aquí un problema cual es la presencia de los intereses municipales, en el sentido de dar una cierta intervención en este proceso de adjudicación de viviendas a los municipios. A este fin, se permite que los municipios puedan reservar, en favor de los empadronados en el propio municipio, viviendas protegidas, siempre que esas viviendas se realicen sobre la cesión o sobre los terrenos o parcelas correspondientes a la cesión al municipio del aprovechamiento urbanístico.

Efectuada esta primera operación de qué número de viviendas corresponde a cada reserva, y las que corresponden al resto, a continuación la Ley foral de vivienda abre una segunda fase que hace referencia a los tramos de renta en los que se va a distribuir cada una de las reservas: según los tramos de renta corresponderán a cada tramo de renta tal número de viviendas.

Seguidamente, se inicia una tercera operación. Determinadas las reservas y las viviendas que corresponden a cada tramo de renta, se procede a la valoración concreta de los méritos alegados por cada uno de los interesados. Se trata de puntuar cada una de las solicitudes presentadas por los ciudadanos en petición de adjudicación de una vivienda de protección pública. El artículo 22 establece con carácter general un baremo obligatorio aplicable a todas las promociones de vivienda protegida, promociones públicas y promociones privadas. No obstante, se trata de un baremo para la adquisición de viviendas, no para el alquiler, puesto que esta última materia se deja al desarrollo reglamentario. Los criterios del baremo único puntúan los siguientes aspectos: la necesidad de vivienda (55 puntos), la presencia de personas minusválidas (5 puntos si hay una persona y 10 si son dos o más), la titularidad de cuenta de ahorro-vivienda (6 puntos, que pueden llegar hasta 15 en función de los años de antigüedad de la cuenta), la antigüedad en el empadronamiento en uno o varios

municipios de Navarra (10 puntos si es superior a cuatro años y 20 puntos si es superior a siete años), la condición de ser solicitantes de edad inferior a treinta y cinco años o superior a sesenta y cinco años (5 puntos) y la condición de cabeza de familia monoparental con uno o varios hijos (10 puntos).

También la Ley foral de vivienda obliga a crear instrumentos de unificación y de información en materia de vivienda, en relación con lo que podría denominarse el parque público y el parque privado de viviendas protegidas. A tal fin, se regula la creación de un censo en el cual tiene que estar toda la demanda de vivienda protegida, todas las promociones, los plazos de solicitud, las informaciones sobre baremos. Sobre todo, lo más importante es que esta información debe estar en todo momento publicitada para que todos los ciudadanos, todas las personas interesadas, puedan acceder a una información centralizada y ordenada sobre las viviendas de protección pública.

4.4. El control y la lucha contra el fraude en materia de vivienda protegida

El último aspecto que cabe destacar en este rápido análisis de la Ley foral de vivienda es el relativo al control y la prevención del fraude. Una de las cuestiones que se planteaba en Navarra es la reducción del parque de viviendas protegidas. Existen datos oficiales según los cuales en algún año el número de descalificaciones de viviendas protegidas ha supuesto un tercio del número de viviendas protegidas construidas ese año. Se trataba, en consecuencia, de cerrar esa vía de escape de la vivienda protegida que, además, luego incidía normalmente en el mercado de vivienda por la aparición de más vivienda libre con el consiguiente encarecimiento del precio. La Ley foral de vivienda no ha optado por establecer una duración indefinida de la calificación, sino que se ha fijado un plazo de treinta años en los casos de adquisición que se reduce en los supuestos de alquiler. Ese plazo de treinta años supone en la práctica una prohibición casi absoluta de descalificación anticipada, puesto que ahora el plazo de calificación y de duración del régimen de protección pública se elevan a treinta años. Hay que advertir que la prohibición de descalificación anticipada no supone la imposibilidad de proceder a la venta de las viviendas protegidas, aunque eso sí deban ser vendidas a los precios oficiales, convenientemente fijados y actualizados como tales viviendas de protección pública, que evidentemente son precios inferiores (muy inferiores) a los de la vivienda libre. Además, se establece un procedimiento de reingreso de la vivienda protegida en manos públicas, por medio de la obligación de comunicación de todas estas transmisiones al Gobierno de Navarra, para que por parte del Departamento de Vivienda puedan ejercitarse los dere-

chos de tanteo y de retracto, lo que supone que las viviendas siguen sujetas al régimen de vivienda protegida. La Ley foral de vivienda, en sus artículos 30 y 32, regula con mucho detalle el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto en función de esa adquisición y esa permanencia de las viviendas dentro del sistema de vivienda protegida.

5. Reflexión final

Para concluir, cabe destacar un aspecto muy importante y que no se encuentra dentro de la regulación propia de la Ley foral de vivienda y que hace referencia a lo que ocurre en la práctica diaria en estos momentos en materia de vivienda. El problema para la construcción de vivienda protegida se sustenta en tres ejes: por un lado, la actuación pública, y dentro de la actuación pública hay que resaltar la actuación de la Administración autonómica, en ese caso, del Gobierno de Navarra; por otro, la actuación de los ayuntamientos; y, en tercer lugar, la participación del sector, de los promotores y constructores, cuya intervención es también tan necesaria en la construcción de viviendas protegidas.

Dentro del sector público parece que las cosas se están últimamente moviendo bastante dentro de la Comunidad Foral de Navarra. Así en lo que respecta a Pamplona y la comarca de Pamplona, donde vive la mayor parte de la población de Navarra, se ha constituido entre el Gobierno de Navarra y los ayuntamientos de la comarca de Pamplona una mesa del suelo que persigue una coordinación de actuaciones y un fomento de la vivienda protegida. En estos días (octubre de 2004) acaba de publicarse en prensa que la mesa del suelo ha llegado a un acuerdo por el cual se ha establecido como un objetivo deseable la reserva de un 65% de suelo para vivienda protegida y, además, se fija el compromiso de estos municipios de incorporar dentro de su planificación urbanística este acuerdo de la mesa del suelo con la idea de que en un plazo de diez años se logre la construcción de 38.000 viviendas de protección pública en la comarca de Pamplona. ■

8. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Cataluña

1. Introducción.

1.1. El diagnóstico del legislador catalán. 1.2. Los datos al alcance de todos que confirman el diagnóstico del legislador. 1.3. Una primera valoración.

2. El marco normativo de la mano del cual se ha llegado a esta situación.

2.1. La legislación catalana de política territorial de 1983. 2.1.1. Su desarrollo y aplicación. 2.1.2. Otras experiencias autonómicas: la relación entre la ordenación territorial sectorial y el urbanismo. 2.2. La legislación catalana de vivienda de 1991. 2.3. La legislación catalana de urbanismo de 2002.

3. Las dos últimas iniciativas legislativas en materia de vivienda.

3.1. Ley 10/2004, para el fomento de la vivienda asequible, la sostenibilidad territorial y la autonomía local. 3.1.1. El sistema urbanístico de viviendas dotacionales públicas. 3.1.2. La mejora técnica de la regulación legal de la técnica de reservas de suelo para la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública: la introducción expresa de la zonificación, como forma de materializar la reserva. 3.1.2.1. El punto de partida: el veinte por ciento del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación. 3.1.2.2. La reserva se materializa a través de la técnica de la zonificación. 3.1.3. La posibilidad (obligación en los municipios de más de diez mil habitantes y capitales de comarca) de incrementar la reserva de suelo en el que se emplace el veinte por ciento del techo de uso residencial, con el suelo en el que se emplace un diez por ciento adicional, si la legislación de vivienda establece nuevas medidas de estímulo de la vivienda asequible. 3.1.4. La aplicación inmediata en el planeamiento derivado de municipios de más de diez mil habitantes y capitales de comarca de la reserva legal mínima de suelo que permita destinar el veinte por ciento de la nueva edificabilidad residencial a viviendas protegidas y un diez por ciento adicional a vivienda sometida a las nuevas medidas de estímulo que establezca la legislación de la vivienda. 3.1.5. La introducción de memoria social en la documentación del planeamiento urbanístico. 3.1.6. La inclusión del incumplimiento del deber de edificar el suelo destinado a vivienda de protección pública como un supuesto legitimador de la expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad. 3.1.7. La introducción del principio de cohesión social en la planificación de la reserva para la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública. 3.2. El Decreto 454/2004, de 14 de diciembre, para el desarrollo del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007. 3.2.1. La prohibición de descalificación del régimen jurídico de vivienda protegida a petición del interesado y el establecimiento de un período de noventa años para la aplicación del régimen que rige para cada modalidad de vivienda protegida. 3.2.2. Registro unificado de solicitudes de vivienda protegida. 3.2.3. La vivienda con protección pública de precio concertado. 3.2.4. Prevención de la exclusión social residencial: subvención al alquiler de colectivos con dificultades. 3.2.5. Mediación para la vivienda de alquiler social y el parque desocupado: Red de Mediación para el Alquiler Social.

Domènec Sibina i Tomàs
*Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

1. Introducción

Los últimos desarrollos normativos realizados en Cataluña en materia de vivienda se han concretado en el mes de diciembre de 2004, mediante: a) la modificación de la Ley 2/2002, de urbanismo de Cataluña, a través de la Ley 10/2004, para el fomento de la vivienda asequible, la sostenibilidad territorial y la autonomía local; y b) los decretos 454/2004, de 14 de diciembre, de desarrollo del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007, y 455/2004, de 14 de diciembre, de regulación del Plan de rehabilitación de viviendas de Cataluña

Sin embargo, nuestra reflexión pretende ser más amplia, explicar los antecedentes y acercarnos a las líneas de futuro.

1.1. El diagnóstico del legislador catalán

Los actuales responsables de la política de vivienda de Cataluña, a través de las iniciativas normativas que han conllevado la aprobación de dos normas reglamentarias por el Gobierno de Cataluña y una ley por el Parlamento catalán, han formulado un concreto diagnóstico sobre los problemas más significativos del mercado de la vivienda.

En la Exposición de motivos del Decreto 454/2004, de 14 de diciembre, que desarrolla el Plan de vivienda en 2004-2007 para Cataluña, se afirma que la experiencia demuestra que desde la segunda mitad de los años noventa no ha funcionado la promoción de viviendas de protección oficial. Para después indicar que el cumplimiento de los objetivos previstos han sido reiteradamente bajos en el ámbito de la promoción protegida, a pesar de su reducción continuada, y que una valoración global sólo alcanza el aprobado como consecuencia que la aceptación generosa de expedientes de rehabilitación de viviendas ha cubierto el déficit de otras líneas de los convenios.

La situación actual se define del siguiente modo: “La estructura del sector de la vivienda y del mercado inmobiliario en Cataluña no permite dar una solución adecuada a las necesidades de vivienda de las capas de la población con rentas medias y bajas, o con características y problemáticas específicas que los alejan de los

mecanismos de oferta del mercado. Ni tan sólo la opción de alquiler es una solución para estas familias, dado que la oferta es muy reducida y además está marcada por el proceso inflacionario general del mercado.”

La Exposición de motivos de la Ley catalana 2/2004, de mejora de los barrios que presentan especiales dificultades,¹ pone de manifiesto que en muchas ciudades de Cataluña hay barrios y ámbitos territoriales que tienen problemas de deterioro físico, falta de desarrollo económico, insuficiente cohesión social y carencia de calidad ambiental (todos o algunos de estos problemas, en proceso de tenerlos o ya claramente manifestados). El alcance del problema explica la existencia de esta ley específica, que responde a un planteamiento que se aleja del urbanismo y de la planificación urbanística y exige que la intervención de las administraciones públicas “supere las intervenciones sectoriales y permita emprender acciones de intervención integral, dirigidas tanto a la rehabilitación física como a la sostenibilidad ambiental, el bienestar social y la dinamización económica. Estas acciones deben ir dirigidas a la comunidad entera del barrio o el área de afectados para conseguir que el espacio y los equipamientos públicos se conviertan en factores de desarrollo social y personal, generadores de tejido social y cultural, entornos favorecedores de cohesión e identificadores sociales y culturales”.

El diagnóstico se proyecta, por tanto, respecto de tres cuestiones:

–La promoción de viviendas de protección oficial no ha funcionado desde la segunda mitad de los años noventa.

–El mercado inmobiliario no da una solución adecuada a las necesidades de vivienda de importantes capas de la población.

–Existe un número significativo de áreas o barrios con fuerte concentración de pobreza y problemas añadidos de carácter urbanístico, social, cultural y de seguridad, que ha llevado al legislador a adoptar una iniciativa que permita optimizar y coordinar las políticas públicas dirigidas a dinamizar a la población y cambiar esa situación.

La perspectiva para afrontar el análisis de los últimos desarrollos normativos en materia de vivienda en Cataluña y las líneas de futuro que permiten vislumbrar,

1. En la exposición de motivos se afirma:

“[...] por razón de las condiciones históricas en las que se crearon y se han desarrollado, muchas áreas de las ciudades de Cataluña sufren importantes problemas urbanísticos y sociales que, en ocasiones, lejos de resolverse, aún tienden a agravarse.

“Entre estos espacios, destacan algunas áreas donde se concentran procesos de regresión urbanística, problemas demográficos (causados por la pérdida o el excesivo crecimiento de la población) y carencias económicas y sociales. Son, en muchos casos, barrios viejos o cascos antiguos, extensiones suburbanas realizadas sin una planificación ni dotación de equipamientos apropiados, polígonos de viviendas o áreas de urbanización marginal. En estas zonas, confluyen a menudo problemas de diferente naturaleza, que afectan en muchos casos el estado de conservación de las edificaciones, la urbanización y las redes de servicios; la existencia de espacios públicos; la dotación de equipamientos; la concentración de grupos de ciudadanos

con necesidades especiales; la accesibilidad viaria y el transporte público; el desarrollo económico; la actividad comercial, y la seguridad ciudadana. Estas circunstancias afectan negativamente el bienestar de los ciudadanos que residen en estas áreas y son un impedimento para la cohesión social y el desarrollo económico.

“Es por ello que determinados barrios y áreas urbanas de Cataluña hoy requieren una atención especial de la Administración pública. Una atención que supere las intervenciones sectoriales y que permita emprender acciones de intervención integral, dirigidas tanto a la rehabilitación física como a la sostenibilidad ambiental, el bienestar social y la dinamización económica. Estas acciones deben ir dirigidas a la comunidad entera del barrio o el área de afectados para conseguir que el espacio y los equipamientos públicos se conviertan en factores de desarrollo social y personal, generadores de tejido social y cultural, entornos favorecedores de cohesión e identificadores sociales y culturales.”

puede fundamentarse en criterios muy diversos. Aquí prestaremos especial atención al modo en que afrontan las tres cuestiones anteriores, todo ello sin perjuicio de ser conscientes de que podrían adoptarse perspectivas de análisis distintas.

1.2. Los datos al alcance de todos que confirman el diagnóstico del legislador

Los datos que voy a relacionar, no debe olvidar en qué apartado se desarrollan: "Datos al alcance de todos." Quiero con ello remarcar que no se trata de un examen científico y sistemático de los datos en materia de vivienda, sino de sintetizar el contexto, revisar lo cotidiano, lo sabido, respecto de lo cual es inevitable perder capacidad de crítica y sorpresa. La convivencia con los problemas acostumbra a relativizar su magnitud y a quitarles importancia: si hemos sobrevivido a ellos, nos decimos, no deben ser tan graves.

Por tanto, aunque algunas de las cuestiones que afrontaré en esta introducción son sobradamente conocidas para una parte del auditorio, espero que sea útil para todos, en la medida que esta introducción ayude a no olvidar, o nos obligue a recordar, que las políticas de vivienda son un reto mal resuelto y que el camino que se siga, tanto por los poderes públicos como por los operadores privados e institucionales, será muy importante para la calidad de vida de los ciudadanos y para el futuro de nuestras ciudades.

Para situarnos voy a utilizar una batería de datos, a modo de las imágenes que recibe quien visita por primera vez y de manera rápida un pequeño país y que se acumulan en su memoria inmediata, en el poco tiempo del que dispone. No puede analizarlos con sosiego, ni le son transmitidas de manera pormenorizada, pero permiten entender a vuela pluma donde ha estado de viaje.

2. Los datos con los que trabajamos aparecen en BOSCH MEDA, Jordi, y GIBAJA ESTEBAN, Olga, *La vivienda en Cataluña en el ámbito local: diagnosis, propuestas y soluciones a un problema creciente*, Fundación Carles Pi i Suñer, Barcelona, 2004, página 122, que reproduce los datos elaborados por Carme Trilla.

3. En el año 1984, en Cataluña se inician la construcción de algo menos de 30.000 viviendas nuevas, de las que prácticamente la mitad son de protección pública.

Hacia el año 1990, se produce el primer máximo histórico del número viviendas iniciadas, en concreto ya se superan las 60.000, y el porcentaje de viviendas de protección oficial se reduce drásticamente hasta el 16% (se inicia la construcción de 10.000 viviendas protegidas).

En el año 1993 se reduce el inicio de la construcción de viviendas (menos de 35.000), respecto de los años anteriores.

A partir del 1994 se produce un incremento progresivo e imparable que finaliza en el año 2002, en el que se inicia la construcción de 85.269 viviendas, de las cuales un 94% (más 80.000) son libres y un 6%, protegidas.

4. Este extremo se explica mejor si hacemos el ejercicio de imaginarnos la situación a la inversa. Imaginemos que cada uno de nosotros, por ejemplo, tuviera conocimiento, a través de la entidad bancaria con la que trabajamos, que determinados mercados de la vivienda en el Este de Europa o en Sudamérica tienen precios relativamente bajos y un largo recorrido a la alza por existir una fuerte demanda interna de vivienda, que su sistema de garan-

Se trata de una ruta por las señales de tráfico, los indicadores y los problemas que plantean la política de vivienda y la transformación (no sostenible en estos momentos) de nuestras ciudades.

A) En Cataluña, al igual que en el resto de España, se ha incrementado de manera muy notable la construcción de viviendas nuevas, en términos relativos y absolutos. Sin embargo, en Cataluña, al igual que en muchas otras comunidades autónomas, el porcentaje de viviendas de protección pública de nueva construcción ha caído en picado en los últimos años. Si examinamos el período de 1984 a 2002,² se ha triplicado el inicio de nuevas construcciones de viviendas (de 30.000 a 85.269) y se ha reducido en números absolutos y relativos la construcción de viviendas protegidas, que acaban significando el 2002 sólo un seis por ciento del total, frente al cincuenta por ciento del año 1984.³

B) El precio de las viviendas se ha duplicado en el periodo de 1996 a 2002 y en los dos últimos años crece a un porcentaje superior al quince por ciento anual, como consecuencia básicamente del incremento del precio del suelo. El incremento desmesurado de los precios convierte a la vivienda en España y en Cataluña en un bien de inversión no sólo para quien la adquiere para su uso y como domicilio principal o secundario, sino también para el capital nacional e internacional en busca de altas rentabilidades.⁴ Será muy difícil impulsar políticas de vivienda asequible mientras continúe este ritmo de incremento de los precios.

C) La ocupación del parque de viviendas es ahora mayoritariamente en propiedad. En Cataluña,⁵ en 1950, el 74,3% de las viviendas se ocupaban en régimen de alquiler, y el 25,7% en propiedad, y en 1991, el 20,68% en alquiler y el 79,32% en propiedad.⁶

tías registrales e hipotecarias está muy desarrollado (como es el caso de España) y se nos ofrecieran mecanismos y canales de inversión. Esos países sufrirían una fuerte presión del capital español, que es lo que ha sucedido al revés en nuestro mercado de la vivienda, cercado por la inversión interna y foránea.

5. Los datos de ocupación en régimen de propiedad y alquiler están disponibles en el INE y en el Instituto de Estadística de Cataluña en los censos de población y vivienda 1950, 1960, 1970, 1981 y 1991.

6. En la ciudad de Barcelona, en el año 1981, el régimen de ocupación en alquiler y propiedad estaban en una proporción próxima al 50% (mitad y mitad) y en el año 2001 había 405.090 ocupadas en propiedad (68,133%) y 189.361 (31,916%) ocupadas en régimen de alquiler (datos del Departamento de Estadística del ayuntamiento disponibles en www.bcn.es).

Hay que tener en cuenta que por la antigüedad de muchas las edificaciones de esta ciudad y por ser su peso específico demográfico mayor en los momentos históricos en que el alquiler era la forma más común de ocupar las viviendas, el porcentaje de viviendas en alquiler en Barcelona es mayor que en otras ciudades catalanas. Y mayores, también, consecuentemente, los problemas que plantea la entrada en vigor de la modificación de la legislación de arrendamientos urbanos en España, a partir de 1 de enero de 1995, que elimina el régimen de beneficios para el arrendatario (renta congelada y prórroga forzosa) y establece un régimen transitorio para los contratos existentes.

Estos datos permiten destacar tres de los problemas del parque residencial inmobiliario en Cataluña:

a) Las dificultades de su adecuación funcional a las nuevas necesidades y a las nuevas demandas del mercado de la vivienda, derivado de la rigidez que caracteriza el régimen de propiedad horizontal, que tiende a perpetuar la estructura de los inmuebles y obliga a consensuar o a disponer de una mayoría suficiente de propietarios, para adoptar muchas de las decisiones sobre mejora y rehabilitación.

b) El problema social que puede comportar exigir el cumplimiento del deber de conservación y rehabilitación respecto de viviendas en alquiler sometidas al régimen transitorio de la legislación de arrendamientos urbanos, ocupadas en su mayor parte por personas mayores con graves dificultades económicas o con ingresos prácticamente congelados.⁷

c) La falta de un mercado de alquiler para satisfacer un tipo de demanda muy concreto que podría singularizarse sobre todo en jóvenes, trabajadores con movilidad laboral e inmigrantes.⁸

D) El mal estado de conservación de una parte significativa del parque inmobiliario residencial se concentra en

áreas territoriales concretas. Ello comporta la existencia creciente de barrios y áreas degradadas ocupadas por un alto porcentaje de pobres (en terminología políticamente correcta, acumulación de personas desfavorecidas), que se explicita en el ámbito legislativo con la aprobación, que ya hemos reseñado, de la Ley catalana 2/2004, de mejora de los barrios que presentan especiales dificultades.

Según el Colegio de Arquitectos Técnicos de Barcelona,⁹ las principales deficiencias del parque de viviendas catalán se encuentra en los edificios construidos con anterioridad a 1940, a causa fundamentalmente de su antigüedad, y de los construidos en el período 1940-1970, que se caracterizan por la construcción muy sencilla, con un mantenimiento casi inexistente, que suelen requerir actuaciones de rehabilitación muy importantes, hasta en aspectos estructurales. Por el contrario, las edificaciones del período 1971-1980, a pesar de que predominan las deficiencias en fachadas por ausencia de mantenimiento, son de mejor calidad; y las del período más reciente (desde 1980 hasta hoy) representan las de mayor calidad constructiva.¹⁰

Esta concentración de deficiencias en los dos períodos citados, se relaciona directamente con dos tipos de tejido urbano diferenciado:

7. Me refiero a la protección del inquilino ante el desahucio y el incremento de rentas que articula la legislación de arrendamientos urbanos hasta la vigente ley de 1994 (y que tiene continuidad parcial en sus disposiciones transitorias), mediante las técnicas de prórroga forzosa del contrato para el arrendador y congelación de rentas (una política social que no se fundamenta en los presupuestos públicos, sino en la delimitación legal de la función social del derecho de propiedad). El régimen jurídico de los arrendamientos urbanos comporta que la actuación administrativa tenga importantes consecuencias: a) la declaración administrativa de ruina comporta el derecho del arrendador a la resolución unilateral del contrato, y b) el propietario puede repercutir al arrendatario el coste de las obras de conservación ordenadas por las administraciones públicas, al amparo de la disposición transitoria segunda, apartado 10.3, de la Ley de arrendamientos urbanos de 1994, por un período de diez años. En concreto, puede repercutir la cantidad que resulte del capital invertido, más el interés legal de este capital calculado por un período de cinco años, siempre que no superen la menor de las dos cantidades siguientes: cinco veces la renta vigente más las cantidades asimiladas o el importe del salario mínimo interprofesional (repercusión que para determinadas personas, especialmente, las ya jubiladas, puede significar un desahucio de hecho porque no podrán atender el pago de la renta incrementada).

8. En relación con este extremo la Exposición de motivos del Real decreto 1721/2004, de 23 de julio, señala:

"[...] No se dispone, por otro lado, de un parque de viviendas en arrendamiento, con las dimensiones suficientes y la moderación de alquileres necesaria para adaptarse a las necesidades de alojamiento de amplias capas de la población, precisamente aquellas cuya situación económica familiar es más débil. No cabe olvidar, de modo especial, a los jóvenes que buscan emanciparse. Ayudar a su alojamiento adecuado significa contribuir, indirectamente, a un mejor encaje laboral y, en su caso, a la formación de nuevos hogares. También los inmigrantes constituyen otro grupo social de importancia creciente, cuyas necesidades de vivienda podrían afrontarse de forma adecuada, en general, al menos inicialmente, a través del alojamiento en arrendamiento.

"Pero, como se ha indicado, y pese al importante número de nuevos contratos de arrendamiento que los análisis sectoriales detectan, la dimensión global del parque de viviendas en alquiler tiende continuamente a decrecer.

"Por todo ello, el Gobierno considera prioritario frenar e, incluso, invertir la situación de deterioro del segmento arrendaticio, fomentando con todos los instrumentos a su alcance el resurgir de la cultura del alquiler, como régimen de tenencia y alojamiento diferenciado del de acceso a la propiedad, digno del interés de los ciudadanos no sólo como solución residual para

quienes definitivamente no pueden aspirar a la propiedad de una vivienda, sino como fórmula alternativa a esta última, apropiada para determinadas circunstancias personales y no excluyente, en principio, del ulterior paso a la propiedad de una vivienda. Para ello, es preciso incrementar la oferta de viviendas en alquiler en condiciones ventajosas de rentas, de modo que, también por este lado, la alternativa arrendamiento pueda fundamentarse en una elección económica racional.

"En este contexto, y al margen de otras posibles medidas que pueden adoptarse fuera del ámbito del vigente Plan de vivienda, este real decreto amplía y flexibiliza varias de las posibilidades que ya se encuentran en el Real decreto 1/2002, de 11 de enero.

"Por una parte, se incrementará la cuantía de las subvenciones que percibirán los promotores de viviendas protegidas en arrendamiento con cargo a los presupuestos del Ministerio de Vivienda, a través de las indicadas subidas de precios máximos de las viviendas protegidas, lo que supondrá un nuevo estímulo para la promoción de nuevas viviendas protegidas en arrendamiento.

"Además, se abre a organismos públicos y sociedades que incluyan en su objeto social el arrendamiento de viviendas, aunque bajo ciertas condiciones, la posibilidad de adquirir viviendas existentes –salvo aquellas sujetas a regímenes de protección pública–, con la financiación cualificada correspondiente, para destinarlas al arrendamiento, posibilidad que, hasta el momento, estaba reservada a entidades sin ánimo de lucro.

"Por otra parte, se potencian las subvenciones estatales a quienes rehabiliten sus viviendas libres para cederlas en arrendamiento, bajo ciertas condiciones.

"Asimismo, se crea una nueva subvención dirigida a los inquilinos, preferentemente jóvenes, para facilitarles, de forma temporal, el pago de los alquileres, cuando se den determinadas circunstancias que les dificulten hacerles frente. De este modo, la alternativa de vivir en alquiler se hará más atractiva y realista para un cierto número de ciudadanos con ingresos medios y bajos.

"Asimismo, la agencia pública estatal de alquileres podrá contribuir a potenciar y dar mayor fluidez a estas nuevas vías abiertas por este real decreto."

9. *APCE Habitatge*, número 40, de 2001: "Rehabilitar i mantenir el construït, una necessitat inajornable".

10. Este informe no pondera la inadecuación del patrimonio residencial existente a las nuevas necesidades fruto del cambio demográfico y social y de las nuevas exigencias de la demanda.

La situación de Barcelona es singular, dado que en esta ciudad existen más de 10.000 edificios anteriores a 1900, 8.000 construidos entre 1900 y 1920 y casi 20.000 más entre 1921 y 1950.

a) Los centros históricos y los primeros ensanches desarrollados a principios del siglo, con una muy elevada concentración de los edificios más antiguos; y

b) Las grandes promociones de viviendas de los años 1960-1970, en tipo polígono, construidas para los emigrantes venidos del resto de España a Cataluña, emigración que fue extraordinariamente masiva.

E) Se ha producido un gran cambio social y de composición de los hogares en Cataluña y en España, en los últimos diez años, tal como acredita el *Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística*, de junio de 2004.¹¹ El tamaño de los hogares españoles, su estructura, la composición social, la demanda de vivienda, ha cambiado sustancialmente.

El patrimonio residencial existente, de difícil sustitución

Para cerrar esta cuestión nos referimos a otro dato significativo y que genera muchos problemas, como es la disponibilidad de ascensor. Según el censo de edificios de 1990, más de un 5,4% de los edificios de viviendas plurifamiliares no disponían de ascensor, concretamente 50.271 edificios sobre un total de 914.509, de los cuales, casi la mitad (24.541), se concentran en la ciudad Barcelona.

Las estadísticas también confirman que la falta de ascensor es un problema más grave en la vivienda ocupada por alquiler, que en la ocupada en régimen de propiedad, y que es una cuestión ligada a la antigüedad de la edificación.

11. Me refiero al *Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística*, de junio de 2004, sobre los cambios en la composición de los hogares en el período 1991-2001 (al que se puede acceder desde www.ine.es).

Del texto del informe destaca, entre las modificaciones más importantes en la estructura y el tamaño de los hogares, las siguientes:

a) Existen un 19,7% de hogares más en el año 2001 que en el año 1991, a pesar que sólo ha habido un incremento poblacional del 5%.

b) Se produce un aumento espectacular de los hogares unipersonales, que se incrementan de 1.600.000 a 2.900.000.

c) Disminuyen las parejas con cuatro hijos o más (de 485.000 a 176.000) y aumentan el número de parejas sin hijos (de 2.000.000 a 2.500.000).

d) Los jóvenes cada vez se emancipan más tarde. Del total de jóvenes de entre 25 a 34 años (casi 7.000.000), el 37,7% vive con sus padres (en mayor número los varones que las mujeres).

Movimientos migratorios de la ciudad de Barcelona

1. Datos básicos

1. Movimiento demográfico en Barcelona. 1999-2003

Año	Altas por			Bajas por	
	Nacimiento	Inmigración	Omisión	Defunción	Emigración
1999	12.203	24.207	16.595	16.152	39.117
2000	12.573	23.650	36.272	15.459	39.092
con nacionalidad española	11.602	20.509	7.601	15.334	30.640
con nacionalidad extranjera	801	3.081	28.371	125	2.452
2001	12.564	25.772	50.048	15.588	44.861
con nacionalidad española	11.239	21.489	7.316	15.445	39.031
con nacionalidad extranjera	1.325	4.283	42.732	143	5.830
2002	12.960	31.782	66.326	15.495	52.448
con nacionalidad española	11.277	23.829	7.959	15.346	41.147
con nacionalidad extranjera	1.673	7.053	58.367	149	11.301
2003	12.605	35.473	57.136	16.367	61.307
con nacionalidad española	10.870	25.039	7.746	16.185	45.416
con nacionalidad extranjera	1.735	10.434	49.390	182	15.891

Nota: datos de nacimientos y defunciones provisionales de los residentes, que se han registrado durante el año.

Altas por omisión: son las personas que viviendo habitualmente en el municipio no figuran inscritas en su padrón municipal y deberán solicitar su inscripción en el mismo por omisión.

Fuente: Movimientos demográficos. Departamento de Estadística. Ayuntamiento de Barcelona.

dado el régimen de propiedad que ya se ha consolidado, es inadecuado para dar respuesta a las nuevas demandas de vivienda. Tan importante o más es que también es inadecuado para dar respuesta a la propia dinámica de las personas que las ocupan (desde el envejecimiento, a la no-emancipación, sin olvidar las rupturas matrimoniales) y para regenerar el hábitat de los colectivos en riesgo de exclusión que lo ocupan y viven en él.

F) El peso de la inmigración: el ejemplo de la ciudad de Barcelona. Los datos de inmigración extranjera también son espectaculares si los comparamos con los de hace diez años. De acuerdo con los datos del Departamento de Estadística del Ayuntamiento de Barcelona,¹² puede advertirse la importancia de la inmigración extranjera en los movimientos demográficos de la ciudad de Barcelona.

e) Han aumentado mucho las personas mayores 65 años y, sobre todo, en términos relativos los mayores de 85 años, y cada vez tienen más tendencia a vivir solos, sobre todo las mujeres, ya que en 1991 lo hacía unas 60.000 y en 2001 han pasado a ser unas 160.000.

f) Es espectacular el aumento de los núcleos constituidos sólo por madres con hijos (un incremento del 41%), sean viudas, casadas, solteras o separadas y divorciadas.

g) El 26,5% de los núcleos monoparentales de madres con hijos corresponden a mujeres separadas o divorciadas con hijos. En esta situación, sólo hay 49.926 hombres, siete mujeres por cada hombre. En total estos núcleos monoparentales se han multiplicado por dos, entre 1991 y 2001 (de 180.000 a casi 360.000 hogares).

h) Debe destacarse un grupo con riesgo de exclusión social. En un 18,9% de los núcleos monoparentales de madre separada o divorciada, ningún miembro del hogar tiene empleo. La mayoría de estos hogares están compuestos por la madre y los hijos, por lo que su dependencia económica de la eventual pensión es máxima.

Estos cambios también se reflejan en nuestras ciudades. Así, en Barcelona 150.000 personas viven solas y 175.000 en pareja (datos del Instituto de Estadística Municipal a los que se puede acceder desde la página web www.bcn.es).

12. Se puede acceder a los datos del padrón desde la página web de la ciudad de Barcelona, www.bcn.es.

En síntesis, parece que los datos indican que en una ciudad en la que la vivienda se encarece mucho, se expulsa a unos nacionales y se incorpora a otros y a un gran número de extranjeros. Estos datos creemos que visualizan la transformación de la ciudad del siguiente modo: a) una parte de la ciudad en la que se agudizan los problemas de los “barrios y áreas urbanas de Cataluña hoy requieren una atención especial”, en palabras de la Ley catalana 2/2004, de mejora de los barrios que presentan especiales dificultades, que acoge tendencialmente a los más pobres que sobreutilizan las viviendas existentes (ello explicaría el gran número de extranjeros que se incorporan a la ciudad cada año¹³ a pesar del precio de la vivienda); b) otra parte que se dirige hacia la configuración de ámbitos elitistas, para acoger tendencialmente a los más ricos, y c) la tierra de nadie, constituida por barrios todavía hoy cohesionados socialmente, que avanzará en el futuro en una u otra dirección (que deberían ser objeto de identificación y actuaciones específicas).

G) La identificación de los grupos de riesgo de exclusión que viven en el patrimonio residencial existente. En este punto seguiremos a Jordi Bosch y Olga Gibaja,¹⁴ que indican, en primer lugar, que es el conjunto de la población como colectivo, el que está afectado por el incremento de los precios y las incertidumbres que en el futuro pueda plantear hacer frente al pago de la deuda asumida.

Sin embargo, a nosotros nos interesa, cuando destacan los colectivos que consideran afectados de manera singular, que son: la gente mayor, el conjunto de población de más de 65 años, especialmente si vive en régi-

men de alquiler; los inmigrantes, en concreto aquellos que se incorporan en régimen de precariedad y con retribuciones muy bajas en el mercado laboral, y los jóvenes y un colectivo diverso de familias y personas con dificultades económicas, sociales o personales.

En este colectivo debemos incluir las familias sin trabajo o con trabajo precario, una parte de las familias monoparentales; las mujeres víctimas de la violencia doméstica, los mayores de 50 años en situación de paro y con bajo nivel formativo, los drogadictos y ex drogadictos, las personas que han pasado por prisión, los discapacitados que unen a ello problemas económicos, las personas con trastornos mentales y algunas etnias especialmente difíciles de integrar en la sociedad.

La descripción de estos colectivos permite advertir que el derecho a una vivienda digna y las políticas de vivienda deben ser diversas y que la vivienda de nueva construcción en suelo urbanizable no es la solución adecuada para muchos de estos colectivos (piénsese, en las personas mayores que viven solas, en las familias monoparentales con problemas o en las familias con miembros atrapados en el paro estructural) y sí en cambio políticas de transformación y readecuación del patrimonio inmobiliario residencial o de equipamientos de alojamiento.

Se puede concluir que una gran parte de la ciudad existente está ocupada por personas que son potenciales demandantes de vivienda de nueva construcción o rehabilitada sometidas a algún régimen de protección pública.¹⁵ En países con grandes parques de viviendas de propiedad pública en alquiler, la conservación es en parte responsabilidad del Estado. Sería una doble falta

13. Se puede afirmar que el mercado laboral les acoge (legal o ilegalmente), los necesita, que en ese proceso se ha dado respuesta desde los poderes públicos a sus problemas en los ámbitos en que existen en Cataluña, y España, servicios públicos estructurados (sanidad y enseñanza, sobre todo), pero que la falta de políticas de vivienda para los nacionales (recuérdese un 6% de vivienda protegida en Cataluña sobre el total de construidas), se proyecta de manera especial en estos colectivos (¿como pedir una política de vivienda específica para los inmigrantes extranjeros, si carecemos de ella para los nacionales!).

Aseveración que hacemos a sabiendas que la opinión mayoritaria de los agentes que actúan en el ámbito de la prestación de servicios personales son reacios, cuando no radicalmente contrarios, a singularizar las políticas según se presten o no a inmigrantes (habría una política de vivienda, no una para nacionales y otra para extranjeros). A pesar de ello, sea cual sea el planteamiento, no debe olvidarse la necesidad de dar respuesta al impacto de la inmigración en el mercado inmobiliario y en el parque inmobiliario residencial existente.

14. BOSCH MEDA Jordi; GIBAJA ESTEBAN, Olga, *La vivienda en Cataluña en el ámbito local: diagnosis, propuestas y soluciones a un problema creciente*, Fundación Carles Pi i Suñer, Barcelona, 2004, páginas 64 a 85.

15. La legislación de vivienda protegida prevé como requisitos, además de que los recursos de la unidad convivencial estén dentro de la franja de renta mínima y máxima que corresponda según el tipo de vivienda protegida, *tener necesidad de vivienda*, es decir, no disponer de una vivienda en propiedad, nuda propiedad, derecho de superficie o usufructo o que la que se dispone merezca la calificación de no ser adecuada para satisfacer el derecho a una vivienda digna, sea por las condiciones objetivas de la vivienda (superficie, por ejemplo) o sea por las condiciones de la unidad convivencial (número

de miembros, edad o grado de discapacidad que le impide por las condiciones del edificio poder tener una suficiente calidad de vida).

La Orden de 18 de agosto de 2003 del Departamento de Vivienda del Gobierno vasco da una nueva redacción a la Orden de 14 de junio de 2002, sobre procedimiento de adjudicación de viviendas de protección oficial. El texto definitivo es como sigue:

“2. Los requisitos que debe reunir la unidad convivencial, o persona física, para ser dada de alta su solicitud en el Registro de Solicitantes de Vivienda de Protección Oficial son los siguientes:

“a) Alguno de los futuros titulares de la vivienda de protección oficial habrá de residir en cualquier municipio del País Vasco. Dicha residencia deberá acreditarse mediante el correspondiente certificado de empadronamiento en el que conste la fecha de antigüedad.

“b) Todos los miembros de la unidad convivencial deberán carecer de vivienda en propiedad, nuda propiedad, derecho de superficie o usufructo a la fecha de la solicitud de inscripción en el Registro de Solicitantes de Vivienda de Protección Oficial. A estos efectos será tenida en cuenta la Orden de 30 de diciembre de 2002, sobre circunstancias de necesidad de vivienda o normativa que le sustituya.

“c) Por parte de la unidad convivencial deberán acreditarse ingresos entre el mínimo y máximo que la normativa general de viviendas de protección oficial disponga para poder ser beneficiario de la adjudicación de una vivienda de protección oficial. El período impositivo computable será aquel que, vencido el plazo de presentación de la declaración de la renta de las personas físicas, sea inmediatamente anterior a la fecha de solicitud de alta en el registro.”

El concepto de infravivienda, en el sentido de inadecuada para satisfacer el derecho a una vivienda digna, en el caso del País Vasco, se establece

de atención a un derecho que estructura el estado del bienestar que la no-existencia en España de políticas de vivienda de ese calibre y tipología, conllevara olvidar que ayudar a conservar en condiciones adecuadas las viviendas de una parte importante de la población, es también una política dirigida a garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada.

1.3. Una primera valoración

No hay en la anterior descripción ninguna intención alarmista. Es una cuestión meramente metodológica. Cualquier análisis precisa, en primer lugar, identificar los problemas. Seguidamente atribuir al ordenamiento vigente la parte de responsabilidad que le corresponda y diseñar propuestas de nuevos marcos normativos que no sea un obstáculo para resolver los problemas y, a ser posible, incentiven y permitan su solución en el espacio de tiempo más breve posible.

La ley no transforma la realidad. La vida no cambia por decreto. Pero ello no significa que las políticas públicas, la acción administrativa, por importantes que sean, puedan resolver los problemas que tiene planteados una sociedad, en un marco normativo que lo impida. La ley no transforma la realidad, pero puede impedir transformarla. Hago esta afirmación, un tanto obvia, por el hecho que existe una opinión fuertemente extendida entre los responsables políticos en que debe ponerse el acento en la acción, y a veces se olvida la legislación. Esta afirmación es válida para el pasado pero también para el futuro.

El relato ordenado de hechos conocidos en que ha consistido la introducción que hemos realizado, nos invita a reflexionar sobre la necesidad de afrontar cualquier reforma legislativa sin centrarse en lo coyuntural, dado que los cambios que se están produciendo en las necesidades de vivienda son cada vez más profundos y en un entorno que cambia a gran velocidad.

Como sabemos, no todas las leyes deben resolver cuestiones coyunturales, ni ser la muleta para apoyar planes de acción administrativa, ni para posibilitar medidas de choque. La ley medida, que de excepción llevan camino de ser regla, quizás no sean el camino más adecuado para afrontar la regulación de la materia "vivienda" (148.1.3 de la CE) y del derecho a la vivienda, que debería seguir siendo, con la salud y la educación, uno de los pilares de los estados occidentales del "post bienestar" (en el caso de las sociedades occidentales que llegaron a ese estadio de la evolución social), que forman parte de un mundo ya globalizado.

El incremento de precios, la sobreocupación de las viviendas, la degradación de barrios y un largo etcétera de problemas, deben tener una respuesta legislativa adecuada pero no ser el único objeto de la legislación que regule este sector o ámbito material de competencia, o con mayor ambición, el derecho a la vivienda. Creemos que su objeto, estrechamente vinculado a garantizar el desarrollo económico sostenible y la transformación sostenible de nuestras ciudades, debería consistir en la regulación legal del mercado de la vivienda y del servicio público de vivienda. Del mismo modo que hay que regular un mercado y un servicio público de la educación o un mercado y un servicio público de salud, para dar respuesta al derecho a la educación o a la salud en una economía social de mercado. En definitiva, ha de regularse el mercado y el servicio público de la vivienda para garantizar el derecho a la vivienda (con el alcance que determine el legislador) y permitir un desarrollo sostenible y una transformación sostenible de nuestras ciudades.

El régimen de vivienda protegida en España se ha basado en políticas públicas destinadas a fomentar la actividad privada de construcción y rehabilitación, de tal modo que mediante ayudas económicas, el sector privado construya vivienda económica y asequible para los ciudadanos que a su vez reciben ayudas para acceder a la vivienda, preferentemente en régimen de propiedad. La misma política de fomento dirigida al mercado se instrumenta en el Real decreto 1721/2004, de 23 de julio, respecto del alquiler.

Esta política de fomento no ha sido ni contestada ni rechazada por los ciudadanos, y se ha producido en un entorno en el que, observado desde una perspectiva no jurídica, la vivienda no se vive, o al menos no se ha vivido como un derecho, por una parte muy significativa de la población. Para ésta, se ha tratado de una inversión, de un elemento de seguridad patrimonial para su futuro y para el de sus hijos.

No podemos olvidar, por tanto, que una parte de la ciudadanía ha vivido la evolución del mercado inmobiliario, que nos ha llevado a la situación descrita, con bastante complacencia.

Querría recordar que en España, y concretamente en Cataluña, los poderes públicos han cedido progresivamente el protagonismo al sector privado y el urbanismo ha sido en gran medida –a pesar del arsenal legislativo de medidas de intervención y de delimitación del derecho de la propiedad–, un conjunto de técnicas de regulación externa de la transformación del territorio impul-

en el artículo 16 del Decreto 315/2002, de 30 de diciembre, sobre régimen de viviendas de protección oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo. Califica, como tales, y por tanto dotan a la unidad convivencial del requisito de necesidad de vivienda, si la vivienda tiene una superficie igual o menor de 36 metros cuadrados; familias de cinco miembros con ratios por

persona menor a 12 metros cuadrados en viviendas de 36 a 72 metros cuadrados; con miembros mayores de 75 años titulares de vivienda en edificio con problemas de accesibilidad; unidades convivenciales con algún miembro discapacitado en edificios con problemas de accesibilidad.

sada por la especulación y por el crecimiento desorbitado de los precios del suelo.

La primera reflexión debería orientarse a determinar la necesidad o no de declarar la existencia de una actividad prestacional pública, de servicio público, en el ámbito del sector de la vivienda; actividad prestacional que debe convivir con el mercado de la vivienda de inversión.

Ello obliga a reflexionar si el artículo 47 de la Constitución debe subjetivarse por el legislador, de qué modo y en conexión a qué otros derechos y principios rectores constitucionales distintos del derecho de propiedad. Así, por ejemplo, es lícito preguntarse:

–Si el derecho a la igualdad y a la seguridad (artículos 9, 14 y 17 de la CE) exige o no que los poderes públicos adopten políticas públicas activas para impedir la exclusión social urbana.

–Si el derecho a la educación y el de la protección de la familia (artículos 27 y 39 de la CE) permite o no al legislador definir el derecho a la vivienda digna no limitado al interior de las paredes que la delimitan, sino a entornos urbanos con determinados parámetros de calidad, servicios y posibilidades de movilidad.

–Si es o no imprescindible la declaración legal de servicio público para crear un auténtico parque de vivienda asequible paralelo al mercado, lo más extenso posible y que se rija por unas normas específicas (un parque de viviendas asequibles no entendido necesariamente como de propiedad pública sino sometida a un régimen jurídico singular de derecho público).

Hechas estas observaciones de carácter conceptual y general, el listado de datos y cuestiones planteadas también nos pone sobre la pista de que el problema de la vivienda asequible no es sólo una cuestión cuantitativa, con serlo y muy importante en este momento, sino, también, cualitativa. Tanto en el diseño de la política de vivienda asequible, como de la política de vivienda, no puede olvidarse que la transformación urbanística del territorio mediante usos intensivos, en este caso de carácter residencial, debe hacerse de modo que el crecimiento, la transformación o la sustitución de la ciudad existente, lo sea en forma sostenible desde el punto de vista económico y ambiental, pero también social. Las políticas de vivienda y la planificación de las áreas residenciales, con destino predominante a residencia habitual, debe llevarse a cabo con criterios que hagan posi-

ble esa triple variable del desarrollo sostenible. La cohesión social y las políticas para evitar la segregación espacial, por tanto, han de ser siempre una de las variables a ponderar en el proceso de toma de decisiones en estas materias.

2. El marco normativo de la mano del cual se ha llegado a esta situación

El marco normativo en el que se han desarrollado las condiciones para llegar a la situación actual, lo concretaremos, a pesar de que la realidad es más compleja, en las normas que han influido de manera principal. Se trata de:

–La legislación de política territorial, que constituye un bloque normativo cuya norma de cabecera es la Ley 23/1983, de política territorial.

–La legislación catalana de vivienda, cuya norma de cabecera es la Ley 24/1991, de la vivienda.

–La legislación urbanística catalana que se rigió por el Decreto legislativo 1/1990, que aprueba el Texto refundido de disposiciones legales en materia de urbanismo vigentes en Cataluña, hasta su derogación y sustitución por la Ley 2/2002, de urbanismo de Cataluña.

2.1. La legislación catalana de política territorial de 1983

2.1.1. Su desarrollo y aplicación

La Ley 23/1983, de política territorial, ha sido objeto de diversas modificaciones¹⁶ y desarrollos,¹⁷ y su regulación actual debe examinarse en paralelo con los planes urbanísticos supramunicipales que prevé la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo (los planes directores urbanísticos, artículos 56, 74 y 77). El esquema legal vigente prevé un plan territorial general de Cataluña que ya ha sido aprobado por ley y planes territoriales parciales (multisectoriales y con un ámbito territorial prefijado) o directores territoriales (multisectoriales y sin un ámbito prefijado legalmente) y planes territoriales sectoriales (que planifican los aspectos territoriales de la política de los distintos departamentos que proyectan sobre el territorio sus necesidades de suelo para ejercer sus competencias y desarrollar sus políticas públicas). Este planeamiento territorial vincula a la planificación urbanística,¹⁸ en la que el legislador catalán ha incorporado la Ley 2/2002, los planes directores urbanísticos cuyo objeto coincide con

16. La Ley 1/1995, de 16 de marzo, derogó los artículos 9 y 10. La Ley 15/2000, de 29 de diciembre, modificó el artículo 8.5, y la 31/2002, de 30 de diciembre, modificó el artículo 8.6.

17. El Decreto 397/1984, de 17 de diciembre, que regula el proceso de elaboración del Plan territorial general. El Decreto 345/1995, de 28 de diciembre, sobre el proceso de elaboración y tramitación del Plan territorial parcial de las Terres de l'Ebre. La Ley 1/1995, de 16 de marzo, que aprobó el Plan territorial general. El Decreto 4/2000, de 10 de enero, que crea el Programa para el planeamiento territorial y su implantación. El Decreto 201/2001, de 10 de

julio, sobre el proceso de elaboración y tramitación del Plan territorial parcial de La Plana de Lleida, Alt Pirineu y Era Val d'Aran.

18. Lo que diferencia el planeamiento territorial y urbanístico en nuestra opinión es:

A) La STC 61/1997 afirma: "Sin perjuicio de ulteriores concreciones, el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la 'ordenación urbanística', como objeto normativo de las leyes urbanísti-

las determinaciones que delimitan al ámbito del interés supramunicipal en la ordenación urbanística, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial incorporada en la legislación urbanística, que delimita el alcance de la competencia de aprobación definitiva de planes cuando corresponde a los órganos autonómicos.

Abundando un poco más en la legislación de ordenación territorial, se concluye que la estructura de planes es como sigue:

–El plan territorial general aprobado por la Ley 1/1995, de 16 de marzo.

–Los planes territoriales que aprueba el Gobierno de la Generalidad, cuyo ámbito mínimo es comarcal. Estos planes se formulan y tramitan por el Departamento de Política Territorial de la Generalidad, y su contenido se dirige a tres aspectos básicos. El primero, definir los ámbitos territoriales susceptibles de protección (tierras de uso agrícola o forestal, áreas de protección de construcciones y espacios naturales y en general espacios de interés natural). El segundo, el emplazamiento de las infraestructuras. El tercero, las previsiones de desarrollo

social y económico de carácter general, concretadas en la definición de los núcleos especialmente aptos para incluir equipamientos de interés comarcal.

–Los planes directores territoriales que se incorporan a la Ley de política territorial, a través de su modificación por la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, que, en síntesis, son planes territoriales parciales sin ningún ámbito territorial predefinido legalmente. Se promueven y se aprueban por los mismos órganos de la Generalidad que los planes territoriales parciales.

–Los planes territoriales sectoriales se elaboran y proponen por los departamentos de la Generalidad y se aprueban por el Consejo Ejecutivo. De acuerdo con el artículo 18 de la Ley de política territorial deberán contener la determinación de las prioridades de actuación y la definición de estándares y normas de distribución territorial y una estimación de los recursos disponibles, de las necesidades y de los déficits territoriales del sector correspondiente.¹⁹

En aplicación de la legislación de política territorial se ha aprobado únicamente un plan territorial par-

cas (recogida en la primera Ley del suelo de 1956, artículo 1). Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas o controladas por entes públicos), *tales como las referidas al planeamiento [...]; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación.* El contenido que acaba de enunciarse se traduce en la fijación de lo que *pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos*, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo.”

El planeamiento urbanístico para determinar el cómo, cuándo y dónde han de surgir y desarrollarse los asentamientos humanos establece de manera precisa en todo el territorio el contenido del derecho de uso y edificación, de acuerdo con el estatuto legal de derechos y deberes de los propietarios en cada clase de suelo, y su aprobación es necesaria para dotar de contenido a la propiedad del suelo, es decir, para dotarla de un aprovechamiento concreto urbanístico y unas concretas cargas el cumplimiento de las cuales son un requisito para patrimonializarlo. La jurisdicción contenciosa administrativa, al interpretar la legislación de urbanismo preconstitucional de acuerdo con la garantía constitucional de la autonomía local, determinó el alcance de las competencias autonómicas en la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbanística municipal sobre la base de la existencia de determinaciones urbanísticas de interés supramunicipal y a la constitucionalidad de los controles de legalidad.

En definitiva, la ordenación y decisión concreta y pormenorizada del derecho de uso y edificación es lo que caracteriza la competencia sobre urbanismo y se atribuye competencialmente entre comunidades autónomas y entes locales en función de si afecta a “asentamientos” en terminología del Tribunal Constitucional, a decisiones sobre el uso concreto del territorio, en sentido más técnico, de interés local o supralocal (de competencia local o supralocal).

B) El sistema de planes territoriales pone en relación al territorio con el desarrollo económico y social, y establece un modelo territorial (no una ordenación detallada del derecho de uso y edificación), que garantice el desarrollo sostenible, mediante el establecimiento de directivas y determinaciones de aplicación directa que vinculan directamente el planeamiento urbanístico (que hará la ordenación detallada del uso del suelo) y directamente o indirectamente (según se trate de la comunidad autónoma o el Estado) a las administraciones que realicen actos de transformación del suelo que no precisen de habilitación en el planeamiento urbanístico (por ejemplo, obras públicas de interés general o autonómico).

El establecimiento de directrices y determinaciones de aplicación directa tiene, preferentemente y de acuerdo con lo que dispone la legislación de

ordenación territorial, los ámbitos objetivos siguientes: a) la protección de ámbitos territoriales o bienes de interés relevante; b) la especialización del territorio con la indicación de usos preferentes; c) el diseño (si tiene competencia quien aprueba el plan territorial en los sectores afectados) o propuestas de coordinación en el seno del modelo territorial (si no las tiene), de las grandes infraestructuras; d) el establecimiento de las necesidades y déficit territoriales para el ejercicio adecuado y eficiente de las competencias autonómicas que precisen del suelo, y e) el marco de decisiones territoriales para potenciar las actividades públicas y privadas que impulsen el crecimiento económico y social.

Es determinante para entender la competencia sobre ordenación territorial: el establecimiento de modelos territoriales y el desarrollo sostenible. Esto, presupone que quien tiene la competencia (las comunidades autónomas) en materia de ordenación territorial puede delimitar cuáles son los ámbitos territoriales (entre el que corresponde a su ámbito territorial de competencia), adecuados para diseñar políticas territoriales (diseñando el uso sostenible y, por tanto, solidario, del territorio), dirigidas a posibilitar el desarrollo sostenible. La primera consecuencia es que el Estado no puede establecer modelos territoriales de crecimiento económico, social y medioambiental sostenible, aunque pueda planificar territorialmente sus competencias sectoriales e incidir sobre el modelo territorial definido por la comunidad autónoma. La segunda, que este modelo territorial tendrá carácter vinculante para los municipios que ejerzan sus competencias urbanísticas. La tercera, que la planificación territorial es un sistema coherente de planes de competencia autonómica (territoriales integrados y/o territoriales sectoriales).

19. En el marco del sistema de planes territoriales que establece la Ley de política territorial, son de especial interés las soluciones adoptadas por la Ley 9/2003, de 13 de junio, de la movilidad, que crea, en el marco de la legislación de ordenación del territorio, todo un sistema específico de planeamiento territorial de la movilidad, con las directrices nacionales de movilidad, los planes directores de movilidad, los planes específicos y los planes de movilidad urbana (artículo 5 y siguientes).

Destacamos los preceptos siguientes:

“Artículo 5. Instrumentos de planificación

“1. Los instrumentos de planificación han de concretar, para el ámbito territorial que en cada caso los corresponda, la aplicación de los objetivos de movilidad de esta ley mediante el establecimiento de directrices, objetivos temporales, propuestas operativas e indicadores de control.

“2. Se establecen los instrumentos de planificación siguientes. A) Las directrices nacionales de movilidad. B) Los planes directores de movilidad. C) Los planes específicos. D) Los planes de movilidad urbana [...]

“Artículo 6. Las directrices nacionales de movilidad (DNM)

“1. Las directrices nacionales de movilidad constituyen el marco orienta-

cial (el de las Terres de l'Ebre, aprobado por el Acuerdo del Gobierno de la Generalidad de 15 de mayo de 2001, y modificado por el Acuerdo posterior de 21 de octubre de 2003) y planes territoriales sectoriales (por ejemplo el de carreteras, aprobado el año 1985), que obedecen más a los impulsos de la legislación y de la política sectorial que a la de la legislación y política territorial. Sin perjuicio de que se estén elaborando en la actualidad planes territoriales, hasta que no se aprueben, puede afirmarse que el mayor déficit de la legislación catalana de ordenación territorial es no haber sido desarrollada a través de los instrumentos de planeamiento que preveía.

La falta de desarrollo es la crítica principal que debe realizarse, sin que deba olvidarse, sin embargo, que se trata de una legislación que, desde la perspectiva del año 2004, adolece de claras insuficiencias. El modelo territorial de desarrollo social y económico no puede hoy desvincularse de los principios y técnicas que se han incorporado al ordenamiento para garantizar un desarrollo económico, social y ambientalmente sostenible.

Además, la práctica en Cataluña en materia de ordenación del territorio, en nuestra opinión, ha comportado un excesivo protagonismo de los órganos competentes en materia de urbanismo. El urbanismo es un conjunto de técnicas legales que permiten una implantación sostenible en el territorio de actividades privadas y públicas, pero que deben ser analizadas, no sólo desde el urbanismo y el territorio, sino también desde las necesidades que cada sector demanda.

En este punto no debe olvidarse que la satisfacción del derecho a la vivienda y la política de vivienda son un interés supramunicipal y una competencia autonómica en la que deben participar los entes locales de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, pero que no puede entenderse que se trate de una competencia local protegida directamente por la declaración constitucional de autonomía local. No debe olvidarse que vivienda y urbanismo son ámbitos competenciales distintos, aunque una vez el problema de la vivienda asequible se ha desplazado del coste de la financiación de la compra al del valor del suelo, no pueden abordarse de manera desconexa en un ámbito concreto: el acceso a la vivienda a los colectivos excluidos

por el precio de mercado. Ello no significa, sin embargo, que el ente con competencia sobre ordenación del suelo ya tenga por ello competencia sobre vivienda y sobre qué tipo de vivienda protegida puede establecerse en el suelo del concreto municipio. Las competencias municipales sobre urbanismo no permiten decidir libremente al municipio qué tipología de vivienda protegida cuantitativa y cualitativamente deben prever los planes de urbanismo, por tratarse de una determinación de interés supramunicipal en la que el nivel autonómico establecerá directrices por la vía de la aprobación definitiva de planes urbanísticos municipales o por la vía de planes urbanísticos supramunicipales (en Cataluña, planes directores urbanísticos) o propiamente territoriales.

2.1.2. Otras experiencias autonómicas: la relación entre la ordenación territorial sectorial y el urbanismo

A partir de la argumentación realizada en el apartado anterior queremos destacar que en el Derecho autonómico comparado se han desarrollado alternativas a la concepción tradicional de la ordenación del territorio y de su relación con el urbanismo. Los territorios insulares son un observatorio privilegiado para establecer las pautas de la nueva legislación a la que nos referimos. Las islas explican muy gráficamente las limitaciones del territorio para ser la plataforma de un desarrollo sin límite, sin pautas que lo hagan sostenible (este extremo se visualiza con facilidad cuando vemos llegar a las islas embarcaciones cargadas de agua y salir a otras cargadas con residuos).

La legislación de la Comunidad Autónoma de Canarias ha optado por integrar en un único texto la regulación de la ordenación del territorio, de la protección de los espacios naturales y del urbanismo. Queremos prestar atención a las directrices de ordenación territorial, que equivaldrían a los planes territoriales sectoriales de la legislación catalana, y prestar atención a la forma como vinculan al planeamiento urbanístico.

Sirva de ejemplo la normativa de las directrices de ordenación del turismo de Canarias, aprobadas por la Ley canaria 19/2003, de 14 de abril. Su directriz número tres, entre otras, establece como criterio básico el

dor para la aplicación de los objetivos de movilidad de esta ley mediante el establecimiento de orientaciones, criterios, objetivos temporales, propuestas operativas e indicadores de control. Estas directrices han de establecer la relación entre la movilidad terrestre y el resto de medios, marítimos y aéreos, y los servicios necesarios para que funcionen. También han de establecer la relación entre el uso del suelo y la oferta de transporte público y colectivo.

"2. Las directrices nacionales de movilidad se aplican a todo el territorio de Cataluña y tienen la naturaleza de plan territorial sectorial.

"3. [...]

"Artículo 7. Los planes directores de movilidad (PDM)

"1. Los planes directores de movilidad tienen por objeto el desarrollo territorializado de las directivas nacionales de movilidad.

"2. El ámbito territorial de los planes directores de movilidad es el que

determinan las directivas nacionales de movilidad.

"3. El contenido mínimo de los planes directores de movilidad es el siguiente:

"a) Seguimiento y gestión de la movilidad de la zona. b) Ordenación del tránsito interurbano de automóviles. c) Promoción de los transportes públicos colectivos. d) Fomento del uso de la bicicleta y de los desplazamientos a pie. e) Ordenación y explotación de la red viaria principal de la zona. f) Organización del aparcamiento intrazonal. g) Transporte y distribución de mercancías.

"4. [...]

"5. La aprobación definitiva de los planes directores de movilidad corresponde al Gobierno, a propuesta del departamento competente en materia de infraestructuras de movilidad [...]."

fomento de la renovación y sustitución de la planta de alojamientos inadecuada y la regeneración de la ciudad turística degradada.

Para ello, la directriz número 18 establece que el planeamiento general deberá delimitar las áreas en que se aprecia la necesidad de rehabilitación de las edificaciones existentes, e indica que podrán tener el carácter de áreas de rehabilitación integral. Su régimen es como sigue: “El incumplimiento por los propietarios, en el plazo que se señale, del deber de renovación mediante la ejecución de las obras precisas para mantener la edificación en las condiciones de uso efectivo establecidos, deberá ser sancionado conforme a lo dispuesto en la legislación sectorial y, en su caso, permitirá al municipio a proceder a la sustitución de los propietarios incumplidores en los términos establecidos en los artículos 149 y 150 del Texto refundido de las leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales de Canarias.”

En síntesis, el planeamiento urbanístico debe proceder de un determinado modo para cumplir los objetivos de la política pública en materia de turismo, la vertiente territorial de las cuales se establece en directrices territoriales vinculantes. En este caso renovar la planta de alojamiento y no incrementarla con consumo de nuevos suelos.

Dicho lo anterior, volvemos a nuestro argumento anterior: el planeamiento territorial en Cataluña se impulsa y tutela desde los órganos competentes en materia de urbanismo que a través de la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico ha suplido la falta de instrumentos de planeamiento territorial (se han sustituido los planes por criterios territoriales de interés supramunicipal que se incorporan al planeamiento general en el proceso de elaboración o al aprobarlo definitivamente).

Además, hasta la remodelación realizada por el Decreto 296/2003, de 20 de diciembre, los órganos competentes en materia de vivienda estaban incorporados en el mismo departamento que los responsables de política territorial y urbanismo, con lo que era difícil impulsar un plan territorial sectorial en materia de vivienda que determinara las prioridades de actuación en materia de vivienda, la definición de estándares de distribución territorial y una estimación de los recursos disponibles, de las necesidades y del déficit territorializado en el sector de la vivienda (contenido exigido a un plan territorial sectorial por el artículo 18 de la Ley de política territorial de 1983). Los criterios podían establecerse en el seno del departamento sin necesidad de formalizarse y si se formalizaban sería como una determinación de los planes territoriales cuyo impulso es y era competencia del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas.

Queremos destacar la enorme importancia que tendría disponer de este planeamiento territorial sectorial y cuantificar el déficit territorializado y las necesidades de vivienda. Piénsese la importancia de esta información, en relación con la distribución de la reserva de suelo, el que obligatoriamente debe calificarse como suelo residencial con destino a la vivienda protegida, al revisarse los planes generales de ordenación municipal y al aprobarse los de desarrollo en suelo urbano no consolidado y urbanizable. Con qué criterios debe incrementarse el mínimo legal, cómo debe operar la solidaridad intermunicipal y si existen ámbitos territoriales en que la reserva no es necesaria, sólo puede establecerse a través de un estudio sobre el territorio de las necesidades de vivienda y de su actualización, para lo que se precisaría del planeamiento territorial de vivienda y de un registro único de solicitantes de vivienda protegida o asequible (instrumento técnico al que ya nos referiremos).

2.2. La legislación catalana de vivienda de 1991

El artículo 148.1.3 de la Constitución atribuye la vivienda como competencia de las comunidades autónomas, lo cual ha comportado que, además de la legislación estatal sobre actuaciones protegibles en materia de vivienda dictada al compás de los planes estatales para la vivienda (legislación amparada en el título competencial previsto en el artículo 149.1.13 de la CE), las comunidades autónomas han legislado normas complementarias de las actuaciones protegibles previstas por el Estado y normas específicas en materia de vivienda. En Cataluña, la Ley 24/1991, de la vivienda, es la norma específica.

La finalidad de la ley catalana en relación con lo que es su objeto –el proceso de edificación desde su previsión en el planeamiento hasta su incorporación en el tráfico jurídico– se explicita en el artículo 1: “Garantizar en todo el territorio de Cataluña el cumplimiento del derecho constitucional a la vivienda y regular y fomentar las condiciones de dignidad, habitabilidad y adecuación de las viviendas, las medidas de protección para sus adquirentes o usuarios, las medidas de fomento y el régimen disciplinario.” Estas finalidades y el objeto se materializan en la regulación de:

–La información referente a la vivienda para que no implique confusión ni engaño para sus destinatarios; sobre requisitos previos de los diferentes tipos de convenios traslativos del dominio o del uso de las viviendas y la documentación a entregar a los adquirentes o cesionario.²⁰

–El libro del edificio, que se pretende que sea el documento básico para la identificación de los edificios y el seguimiento de su vida o desarrollo.²¹

20. Capítulos I a IV del título II.

21. Capítulo V del título II.

–El desarrollo normativo del control de calidad, salubridad, seguridad y calidad de las edificaciones con destino a vivienda.²²

–La intervención administrativa como un título para poder proceder a la rehabilitación o adaptación, en defecto de acuerdo entre propietarios y usuarios, sin alterar las repercusiones civiles de las inversiones necesarias.²³

–El fomento de la vivienda, que no altera las determinaciones de la legislación estatal en este ámbito, sino que las complementa.

–La tipificación de las vulneraciones de las prescripciones legales y las reglas para la calificación de las infracciones para proteger la legalidad y para sancionar a los responsables.

A los efectos que a nosotros nos interesa queremos destacar que la Ley catalana 24/1991, de vivienda, da una respuesta a las necesidades de su tiempo, en las que se intenta regular el mercado de la vivienda y el acceso a la vivienda mediante técnicas de fomento. En la lógica de la ley de 1991 el suelo para promover vivienda protegida se *adquiere* (sin hacerse mención alguna al régimen jurídico

de los patrimonios públicos de suelo regulados en la legislación urbanística); se gestiona por el Instituto Catalán del Suelo directamente o en colaboración con otros entes, de manera especial con los ayuntamientos, o se ofrece al sector privado (artículo 41).²⁴ A su vez, la promoción pública de viviendas protegidas mediante la construcción directa o la adquisición de viviendas de nueva construcción; la adquisición de viviendas usadas o la rehabilitación de viviendas;²⁵ se complementa con ayudas económicas a la promoción y adquisición de la vivienda.²⁶ El círculo se cierra con un régimen jurídico singular de las transmisiones de viviendas protegidas (entendidas como las que han recibido ayudas económicas) en el que se establece un precio máximo de venta y la posibilidad de ejercer por parte de la Generalidad el derecho de tanteo y retracto.²⁷

El incremento del precio del suelo ha hecho inviable este modelo para satisfacer las necesidades de vivienda de una parte importante de la población. Es desde este punto de vista que es una norma inadecuada para dar respuesta a las necesidades actuales de vivienda asequible, tal como ha reconocido el legislador catalán en la

22. El artículo 13 regula la cédula de habitabilidad, cuyo alcance se amplía a los requisitos de construcción, y el artículo 12, la licencia de primera ocupación o utilización que acredita el cumplimiento de las condiciones de las licencias de obra otorgadas por las corporaciones locales.

23. El artículo 30 regula el deber de conservación y el uso adecuado y prevé la posibilidad de formular órdenes de ejecución; el artículo 33, la autorización en favor de uno de los afectados, a falta de acuerdo, para rehabilitar una edificación para que cumpla las condiciones mínimas de habitabilidad y el artículo 36, la autorización para hacer obras de adaptación en caso de ocupar la vivienda una persona con minusvalías, y también cuando falta el acuerdo de los afectados.

24. "Artículo 41. Objeto.1. La promoción pública de suelo residencial tiene por objeto la adquisición y la preparación del suelo para la ulterior promoción pública de viviendas o bien para ofrecerlo al mercado inmobiliario como base para la construcción de viviendas por promotores privados, con repercusiones no especulativas para sus ulteriores adquirentes, de acuerdo con las determinaciones que se establezcan por reglamento a fin de garantizar el equilibrio de los precios del mercado de la vivienda y fomentar el acceso a la vivienda sobre todo de las unidades familiares con rentas medias y bajas.

"2. El suelo también puede transmitirse a otras entidades públicas competentes, a título oneroso o gratuito, en función de las finalidades que pretendan alcanzarse.

"Artículo 42. Promoción de suelo de la Generalidad. La promoción pública de suelo residencial por parte de la Generalidad de Cataluña se realiza a través del Instituto Catalán del Suelo bien directamente o bien mediante los convenios o las fórmulas asociativas previstas en la Ley de creación, contando con la colaboración del correspondiente ayuntamiento."

25. "Artículo 43. Objeto. La promoción pública de viviendas es la promoción que llevan a cabo sin ánimo de lucro la Generalidad de Cataluña, los entes locales y las demás entidades públicas competentes, con cualquiera de los siguientes objetivos: a) Permitir el acceso a una vivienda a aquellos sectores de la población que tengan una dificultad especial para acceder al mercado inmobiliario o a grupos de población de características o circunstancias específicas. b) Facilitar las actuaciones de tipo urbanístico o de obras públicas. c) Contribuir a diversificar la oferta de viviendas y a paliar sus déficits. d) Romper situaciones especulativas en coyunturas de gran demanda de viviendas y falta de oferta."

26. "Artículo 49. Modalidades.

1. El Gobierno de la Generalidad y demás entes públicos territoriales, en el marco de sus competencias, a fin de compatibilizar sus actuaciones, pueden otorgar coordinadamente beneficios y ayudas económicas para la consecución de las finalidades previstas en la presente ley. 2. Los beneficios y

ayudas económicas pueden consistir en: a) Préstamos con intereses reducidos. b) Anticipos sin interés. c) Subvenciones o primas a fondo perdido. d) Exenciones y bonificaciones tributarias. e) Otras ayudas."

27. "Capítulo V. De los derechos de la Administración en la transmisión de viviendas de protección oficial.

"Artículo 50. De los derechos de opción de compra, tanteo y retracto.

"1. La Administración de la Generalidad puede usar el derecho de opción de compra en las primeras transmisiones, y de los derechos de tanteo y retracto en las segundas y sucesivas transmisiones, de las viviendas de protección oficial de promoción privada y de sus anexos, en la forma y en los supuestos determinados por reglamento.

"2. Si se trata de viviendas de protección oficial de promoción pública, el ente público promotor puede usar los derechos de tanteo y retracto.

"Artículo 51. Procedimiento para el ejercicio del derecho de opción de compra.

"Los promotores de viviendas de protección oficial de promoción privada, al solicitar la calificación provisional, presentarán la oferta económica, a fin de que, en el plazo de un mes desde la concesión de la calificación provisional, la Generalidad de Cataluña pueda ejercer el derecho de opción de compra. Si una vez transcurrido este plazo la opción de compra no ha sido ejercida, el promotor puede iniciar libremente la promoción de venta.

"Artículo 52. Procedimiento para el ejercicio del derecho de tanteo.

"1. Los propietarios de viviendas de protección oficial comunicarán a la Administración de la Generalidad, o en su caso al ente público promotor, la decisión de enajenarlos, e indicarán el precio, la forma de pago y las demás condiciones de la transmisión, así como los datos del interesado en la adquisición, a efectos del posible ejercicio del derecho de tanteo durante un plazo de treinta días naturales a partir del siguiente al día en que se haya producido la notificación. Si una vez transcurrido este plazo no ha sido ejercido el tanteo, caduca este derecho y puede llevarse a cabo la transmisión proyectada, salvo que sea enervada por falta de alguno de los requisitos exigidos. Los notarios testificarán en las escrituras que autoricen dicha notificación.

"2. Los efectos de la notificación a que se refiere el apartado 1 caducan a los cuatro meses desde que ésta se haya producido.

"Artículo 53. Procedimiento para el ejercicio del derecho de retracto.

"En caso de que el transmitente no haya notificado la transmisión, de que la notificación haya sido incompleta o defectuosa o de que la transmisión se haya producido antes de que haya caducado el derecho de tanteo, la Administración de la Generalidad, o, en su caso, el ente público promotor, puede ejercer el derecho de retracto en el plazo de treinta días naturales, a contar desde el siguiente al de la notificación de la transmisión, que el adqui-

disposición final octava de la Ley 2/2002, de urbanismo (que no ha sido modificada por la Ley 10/2004), que establece: "1. El Gobierno debe presentar al Parlamento, dentro del año 2002, un proyecto de ley de modificación de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda, que incluya: la regulación de la vivienda de protección pública, con atención especial a los regímenes de alquiler o cesión de uso; la conservación y rehabilitación del parque de viviendas; los principios sobre habitabilidad, seguridad y funcionalidad de las viviendas; el régimen de infracciones y sanciones, y *las demás materias necesarias para actualizar dicha ley y para su armonización con las disposiciones de la presente ley y demás leyes que sean conexas con la misma.*"

No tenemos, por tanto, en este momento una legislación de vivienda que dé respuesta a las previsiones de la legislación urbanística que, a su vez, se ha visto obligada a abordar mediante la imposición de reservas obligatorias para vivienda protegida el problema del precio del suelo, que es lo que impide desarrollar, bajo las fórmulas tradicionales, la promoción de viviendas protegidas.

El otro aspecto que la regulación actual de la Ley 24/1991 no permite abordar (clave como hemos dicho para garantizar el derecho a la vivienda y a la ciudad), es la degradación de los barrios y de una parte de nuestras ciudades que tienen problemas de deterioro físico, falta de desarrollo económico, insuficiente cohesión social y carencia de calidad ambiental (todos o algunos de estos problemas, en proceso de tenerlos o ya claramente manifestados).

La respuesta que da la Ley 24/1991 al problema de la transformación sostenible económica, social y medioambientalmente se centra en dos técnicas, el libro del edificio²⁸ y la cédula acreditativa de que la vivienda cumple los requisitos objetivos de habitabilidad. El ámbito de aplicación de la Ley 24/1991, de acuerdo con la disposición transitoria primera, comprende todos los edificios que obtengan el certificado de final de obra y habitabilidad o la cédula definitiva de vivienda de protección oficial después de la entrada en vigor de la ley (veinte días a contar desde su publicación en el

DOGC el 15 de enero de 1992), implica que la regulación del libro del edificio no es exigible a los edificios construidos con anterioridad a su entrada en vigor. Como es sabido, el libro del edificio se regula con carácter general en el artículo 7 de la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación (que entró en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE de 6 de noviembre de 1999). La importancia de este documento, entre otros aspectos, es que debe contener las instrucciones de uso y mantenimiento de los edificios, aunque en este momento sólo dispongan de él los edificios con menores problemas de conservación, como consecuencia de la fecha en que ha empezado a ser exigible.

Las otras determinaciones a las que queremos prestar interés de la Ley 24/1991, del Parlamento de Cataluña, de regulación de la vivienda, se refieren al nivel de habitabilidad objetiva, cuya materia ha sido regulada sucesivamente en distintos decretos, anteriores y posteriores a la Ley 24/1991.

Los decretos 346/1983 y 571/1983 significaron una innovación importante en relación con las normas que hasta aquel momento, de carácter preconstitucional, regulaban las características y condiciones que debían reunir los locales para ser considerados como viviendas. Desde aquellos decretos las condiciones objetivas de habitabilidad controladas por la cédula de habitabilidad ya no tenían efectos estadísticos respecto al número de viviendas, características de construcción y tipologías, sino que significaban la exigencia del cumplimiento de requisitos de habitabilidad y de otros requisitos de la construcción. La cédula deja de ser un elemento de comprobación de las condiciones de higiene y se ha convertido en un documento imprescindible en la política de vivienda.

En este tema, el paso siguiente, una vez aprobada la Ley de vivienda de 1991, es el que se da con el Decreto 274/1995, parcialmente modificado por el Decreto 314/1996, sobre nivel de habitabilidad objetiva, posteriormente derogados por el Decreto 28/1999, de 9 de febrero.

Este decreto, al igual que los derogados, establece diferentes niveles de exigencia, de condiciones objetivas de habitabilidad, para las viviendas de nueva edifica-

rente debe realizar en cualquier caso, con indicación de las condiciones en que se ha efectuado, mediante entrega de copia de la escritura o el documento en que aquélla fue formalizada.

"Artículo 54. Garantías de procedimiento.

"Las transmisiones de viviendas de protección oficial no pueden ser inscritas en el Registro de la Propiedad si no se acredita que han sido efectuadas las notificaciones que establecen los artículos anteriores.

"Artículo 55. Precio de venta.

"En caso de que el precio de la compraventa sea superior al máximo establecido por la legislación de viviendas de protección oficial, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto sobre las viviendas se realiza por el precio máximo legalmente aplicable."

28. El Decreto 206/1992, del Gobierno de Cataluña, sobre el libro del edificio, diferencia en el contenido del libro del edificio los cuadernos de registro,

los documentos de especificaciones técnicas y el archivo de documentos y, asimismo, precisa los diferentes datos que deben constar de los edificios que obtengan el certificado de final de obra una vez haya entrado en vigor el decreto. El Decreto 158/1997, del Gobierno de Cataluña, y la Orden de 9 de septiembre de 1997, del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad, que lo desarrolla, regulan el contenido de los dictámenes técnicos que se exigirán a los propietarios de edificios que quieran obtener ayudas para la rehabilitación como carga previa para la inscripción en el libro del edificio y para la obtención de la ayuda. El Decreto 455/2004, de 14 de diciembre, de regulación del Plan de rehabilitación de viviendas de Cataluña, regula el test de los edificios cuyo coste se sufraga por el Departamento de Medio Ambiente y Vivienda y son un requisito para poder obtener ayudas para la rehabilitación de viviendas.

ción (con la diferenciación si se trata de vivienda protegida o libre) y para todo el parque de vivienda de segunda mano.

El artículo 3 diferencia entre las viviendas completas (compuestas como mínimo por una sala, una o más habitaciones y una cámara higiénica) y reducidas (compuesta por una sala y una cámara higiénica), definidas en el anexo 1 del decreto, que realiza la definición de todos los conceptos técnicos utilizados en la norma. La cédula de habitabilidad debe ser exigida: a) al máximo nivel de exigencia (anexo 2 del decreto) a todas las viviendas de nueva edificación, a las creadas por reconversión de antiguas edificaciones y a las que son resultado de obras de gran rehabilitación entendidas como aquellas que sólo excluyen el derribo de fachadas o constituyen una actuación global en todo el edificio que afecte a su estructura o configuración interior; b) el nivel de exigencias previsto para las viviendas de nueva construcción con las especialidades establecidas en el anexo 3 del decreto, en el caso de las viviendas protegidas, y c) el resto del parque inmobiliario si se quiere destinar a la vivienda, debe cumplir los requisitos previstos en el tercer nivel de habitabilidad (anexo 4 del decreto).

El decreto vigente es el 259/2003, que distingue entre:

–Nivel de habitabilidad de viviendas de nueva edificación, las creadas por reconversión de antigua edificación o las resultantes de una gran rehabilitación, sin definir estos dos últimos conceptos.

–Nivel de habitabilidad objetiva para vivienda usada.²⁹

A su vez establece que: a) la cédula de habitabilidad de acuerdo con el nivel que exige el decreto debe reunir siempre, como mínimo, los requisitos establecidos para este nivel para obtener las sucesivas cédulas que se soliciten, y b) la cédula de habitabilidad caduca a los quince años de su expedición y debe tramitarse de nuevo transcurrido este plazo.

Es importante el artículo 12 del decreto, que establece que todas las viviendas construidas deben disponer de cédula de habitabilidad vigente en los plazos siguientes:

–Viviendas construidas con anterioridad al 1 de enero de 1960, antes del 1 de enero de 2007.

–Viviendas construidas entre el 1 de enero de 1960 y el 31 de diciembre de 1970, antes del 1 de enero de 2009.

–Viviendas construidas entre el 1 de enero de 1971 y el 31 de diciembre de 1980, antes del 1 de enero de 2011.

–Viviendas construidas entre el 1 de enero de 1981 y

la entrada en vigor de este decreto, antes del 1 de enero de 2014.

Esta es una previsión importante, pero de gestión muy compleja que, además, no va acompañada de una inspección obligatoria de los edificios y no sólo de las viviendas. La legislación catalana no ha establecido la obligación general para todos los edificios de Cataluña de realizar una inspección periódica de las condiciones de seguridad, funcionalidad y habitabilidad en los edificios de uso residencial, ni en las normas reguladoras de la vivienda, ni en las urbanísticas.

El Decreto 455/2004, de 14 de diciembre, de regulación del Plan de rehabilitación de viviendas de Cataluña, establece las líneas de actuación para el estudio y conocimiento del estado de conservación del parque de viviendas, al regular, el artículo 2, el programa que, con este nombre, distingue entre el test del edificio (TEDI) y el informe interno de idoneidad de las viviendas considerados individualmente. Este test y el informe permitirán, dice el decreto, “una evaluación técnica de las deficiencias de los edificios de uso residencial antes de iniciar una actuación de rehabilitación para la cual se quieran solicitar ayudas públicas”.

En el Derecho autonómico comparado la situación es diversa. La legislación valenciana *generalizó, en esta comunidad, la obligación de someter las edificaciones a inspección técnica periódica*. En concreto, el artículo 87 de la LUCVal obliga a los propietarios de toda edificación catalogada o de antigüedad superior a cincuenta años a promover, al menos cada cinco años, una inspección, a cargo de facultativo competente, para supervisar su estado de conservación. El certificado técnico expedido debe describir desperfectos apreciados en el inmueble, sus posibles causas y las medidas prioritarias *recomendables para asegurar su estabilidad, seguridad, estanqueidad y consolidación estructurales o para mantener o rehabilitar sus dependencias en condiciones de habitabilidad o uso efectivo según el destino propio de ellas y debe dejar constancia del grado de realización de las recomendaciones expresadas con motivo de la anterior inspección periódica*.

Los municipios pueden realizar la inspección de oficio a costa de los obligados si éstos no la han realizado. La diferencia en este orden de cuestiones, entre la legislación andaluza y la extremeña y, a su vez, de la primera con la legislación valenciana, de la que en ambas se observa una notable influencia, es que la legislación andaluza no establece la inspección periódica de las edificaciones con carácter obligatorio y

29. Artículo 6.3: “Todas las viviendas deben disponer de cédula de habitabilidad. Las viviendas nuevas, procedentes de gran rehabilitación o que hayan sufrido modificaciones en su superficie que alteren las condiciones

objetivas de habitabilidad deben disponer de cédula previamente a su ocupación. En el resto de supuestos, deben disponer de cédula en los plazos que se establecen en el artículo 12 de este decreto.”

general, sino sólo para aquellos ámbitos que delimiten los ayuntamientos,³⁰ y en la extremeña sí.³¹

El artículo 143 del TROTUPAst prevé la posibilidad que los concejos impongan a los propietarios de toda construcción o edificación catalogada o protegida, así como, en cualquier caso, de antigüedad superior a treinta y cinco años, la obligación de presentar cada cinco años un informe sobre el estado de los mismos, suscrito por técnico competente. Los ayuntamientos de Galicia, de acuerdo con el artículo 200 de la LOUGal, deben regular mediante ordenanza municipal el deber de inspección periódica de las edificaciones para determinar su estado de conservación. Será la ordenanza la que establecerá las edificaciones que quedan sujetas a esta obligación en función de su antigüedad y, en todo caso, incluirá todas las edificaciones catalogadas o de antigüedad superior a cincuenta años, los plazos y las condiciones en que haya de realizarse la inspección técnica de las edificaciones a cargo de facultativo competente. El contenido del certificado se regula del mismo modo que en la legislación valenciana. En el caso de la legislación de la Comunidad Autónoma de Canarias la inspección técnica es obligatoria sólo para las edificaciones catalogadas o protegidas, o incluidas dentro de un conjunto histórico, y debe realizarse cada diez años (artículo 154 del TROTENPCan).

El artículo 169 de la LDMad establece la obligación de los propietarios de construcciones y edificios de una antigüedad superior a treinta años, a obtener un informe técnico de inspección cada diez años. El artículo 138 de la LOTCMancha regula la inspección técnica periódica para las protegidas y para las de una antigüedad superior a cincuenta años.

Es importante detenerse en ponderar la disparidad de

soluciones legislativas en orden a la obligación generalizada o no de someter las edificaciones a la inspección técnica periódica. Establecer la obligación de mantener las construcciones y edificaciones en las condiciones de uso efectivo parece que conlleva la necesidad de una inspección periódica. Sin embargo, no podemos olvidar que si la primera inspección, sea ya por el plazo fijado por el legislador (cuando debe realizarse a los cincuenta años), ya por el hecho que la primera se realizará en edificaciones que nunca han sido inspeccionadas (y que su construcción puede remontarse a muchísimos años), debe tenerse un especial cautela frente a la irrupción de un gran número de declaraciones de ruina, por todos los efectos que ya hemos comentado. Quizás este extremo explique las soluciones diversas y que en algunos casos se habilite a los municipios para determinar el alcance concreto.

En definitiva, es importante retener que la legislación catalana hasta hoy no se ha planteado impulsar la rehabilitación del parque residencial a través de la generalización de las inspecciones técnicas de los edificios. Lo exige sólo en los casos en que se solicita subvención mediante la exigencia del TEDI y el informe de idoneidad de la vivienda. Con carácter general el instrumento previsto hoy es la exigencia generalizada de la cédula de habitabilidad (de las viviendas no de los edificios), con las dificultades que ello conlleva respecto del conjunto de instalaciones y exigencias que requieren el acuerdo de la comunidad de propietarios en los inmuebles en régimen de propiedad horizontal.

Este apartado lo podemos cerrar con la conclusión siguiente: la legislación de vivienda de Cataluña, en cuanto a la promoción de viviendas protegidas, debe adaptarse a las nuevas formas de reserva de suelo y de

30. El artículo 156 de la LOUAnd establece:

"Inspección periódica de construcciones y edificaciones.

"1. El instrumento de planeamiento, y en su defecto el municipio mediante la correspondiente ordenanza, podrá delimitar áreas en las que los propietarios de las construcciones y edificaciones comprendidas en ellas deberán realizar, con la periodicidad que se establezca, una inspección dirigida a determinar el estado de conservación de las mismas. Igualmente, estas áreas podrán establecerse para la realización de dicha inspección sólo en las construcciones y edificios del ámbito delimitado que estén catalogadas o protegidas o tengan una antigüedad superior a cincuenta años.

"2. Los informes técnicos que se emitan a resultados de las inspecciones deberán consignar el resultado de las mismas con descripción de:

"a) Los desperfectos y las deficiencias apreciados, sus posibles causas y las medidas recomendadas, en su caso, con fijación de un orden de prioridad, para asegurar la estabilidad, la seguridad, la estanqueidad y la consolidación estructurales, así como para mantener o recuperar las condiciones de habitabilidad o de uso efectivo según el destino propio de la construcción o edificación.

"b) El grado de ejecución y efectividad de las medidas adoptadas y de los trabajos y obras realizados para cumplimentar las recomendaciones contenidas en el o los informes técnicos de las inspecciones anteriores.

"Los municipios podrán requerir de los propietarios los informes técnicos resultantes de las inspecciones periódicas y, en caso de comprobar que éstas no se han realizado, ordenar su práctica o realizarlas en sustitución y a costa de los obligados."

31. El artículo 164 de la LUEx establece:

"Inspección periódica de construcciones y edificaciones.

"1. Los propietarios de toda construcción o edificación catalogada o protegida, así como, en cualquier caso, superior a cincuenta años deberán encomendar a un técnico facultativo competente, cada cinco años, la realización de una inspección dirigida a determinar el estado de conservación.

"2. Los informes técnicos que se emitan a resultados de las inspecciones deberán consignar el resultado de la inspección, con descripción de:

"a) Los desperfectos y las deficiencias apreciados, sus posibles causas y las medidas recomendadas, en su caso priorizadas, para asegurar la estabilidad, la seguridad, la estanqueidad y la consolidación estructurales, así como para mantener o recuperar las condiciones de habitabilidad o de uso efectivo según el destino propio de la construcción o edificación.

"b) El grado de ejecución y efectividad de las medidas adoptadas y de los trabajos y obras realizados para cumplimentar las recomendaciones contenidas en él o, en su caso, los informes técnicos de las inspecciones anteriores. La eficacia, a efectos administrativos, de los informes técnicos requerirá el visado colegial y la presentación temporal de copia de los mismos en el municipio.

"Los municipios podrán requerir de los propietarios la exhibición de los informes técnicos resultantes de las inspecciones periódicas y, caso de comprobar que éstas no se han realizado, ordenar su práctica o realizarlas en sustitución y a costa de los obligados."

gestión de patrimonios públicos de suelo prevista en la legislación urbanística y, en cuanto a la rehabilitación y conservación del parque residencial inmobiliario, adoptar una política más efectiva que la mera exigencia de la cédula de habitabilidad en la forma que se establece en el Decreto 259/2002.

2.3. La legislación catalana de urbanismo de 2002

El Decreto legislativo 1/1990 se estructuró, básicamente, desde los principios de la Ley del suelo de 1976, que desconocía técnicas de intervención en el suelo urbano que permitieran su regeneración y rehabilitación, y que preveía como mecanismo más significativo para intervenir en el mercado de la vivienda el patrimonio municipal del suelo, cuyos bienes procedían, a partir de la reforma de 1975, de la cesión gratuita de aprovechamiento. Es sabido que los terrenos de cesión gratuita, con independencia de integrarse o no en el patrimonio municipal del suelo, han servido para financiar a los municipios y permitir mucha de la inversión pública que han llevado a cabo, pero no han servido para fundamentar una política sostenida y generalizada de creación de un parque de viviendas asequibles.

El antecedente más inmediato que debemos ponderar es la Ley catalana de urbanismo 2/2000, en cuanto establece habilitaciones y técnicas al servicio de las políticas de vivienda. Destacaremos los siguientes aspectos:

–La ley reconoce al Instituto Catalán del Suelo el carácter de Administración actuante que tiene derecho a recibir el suelo de cesión obligatoria y gratuita en concepto de cesión de aprovechamiento urbanístico.

–La ley define el suelo urbano no consolidado y establece la obligación de cesión de un diez por ciento del aprovechamiento que genera el nuevo planeamiento que define el suelo como urbano no consolidado.

–La ley establece, aunque indirectamente, que la política de vivienda es de interés supramunicipal.

–La ley, por primera vez en el ordenamiento catalán, establece la reserva de suelo para la construcción de viviendas sometidas a regímenes de protección pública. En concreto, el apartado 3 del artículo 57 obliga a que los planes de ordenación urbanística municipal reserven para la construcción de viviendas de protección pública, con carácter general y como mínimo, el suelo correspondiente al veinte por ciento del techo que se califica para uso residencial de nueva implantación en suelo urbano y urbanizable.

–La exigencia de la reserva se demora hasta la revisión del planeamiento, con lo cual se produce un bloqueo por un largo período de tiempo para dotar de eficacia a las reservas establecidas.

–La ley regula de manera restrictiva los municipios que deben constituir patrimonio municipal del suelo; sin embargo, para equilibrar este aspecto establece en el apartado 5 del artículo 156, que el suelo con aprovechamiento urbanístico que procede de cesión obligatoria y gratuita, en todo caso, debe destinarse, si es de uso residencial, a hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada, mediante un régimen de protección pública.

–La ley establece un régimen jurídico completo de la delimitación por parte de los ayuntamientos de áreas de tanteo y retracto para constituir o incrementar el patrimonio municipal de suelo y vivienda y para ejecutar programas de rehabilitación. A su vez habilita al consejero de Política Territorial y a los ayuntamientos para delimitar áreas en las que se ejerza el derecho de tanteo y retracto respecto de las transmisiones de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública (derecho regulado y previsto en las normas legales y reguladoras del régimen jurídico de las viviendas sujetas a un régimen de protección pública).³²

–Las posibilidades de actuar en el ámbito de la rehabilitación y regeneración del suelo urbano se limitan, en principio, a los que pueden ser definidos como suelo urbano no consolidado, dado que el deber de rehabilitación previsto en el artículo 19 de la LRSV de 1998 no se desarrolla en la Ley catalana 2/2002. La exposición final octava obliga a presentar ante el Parlamento un proyecto de ley de modificación de la Ley 4/1991, de vivienda, que deberá incluir la regulación de la vivienda protegida y, entre otras cuestiones, el régimen de conservación y rehabilitación del parque de viviendas y los principios sobre habitabilidad, seguridad y funcionalidad.

Se trata de un avance relativamente significativo en términos del Derecho autonómico comparado que más ha avanzado en las políticas públicas de vivienda. Soluciona de manera insuficiente las tres cuestiones con las que hemos iniciado esta exposición: insuficiencia de la oferta de vivienda protegida, exclusión de la parte significativa de la población del mercado inmobiliario y la incapacidad para resolver los procesos de degradación del suelo urbano consolidado. No abundamos en su contenido para poder establecerlo en el apartado siguiente cuando examinemos la modificación llevada a cabo por la Ley 10/2004.

32. El carácter reglamentario de las normas reguladoras de las viviendas de protección pública es un rasgo común en el ámbito estatal y autonómico hasta las más recientes leyes de vivienda (Aragón, Navarra o Valencia) y se explica por el fundamento de las políticas de vivienda en técnicas de fomen-

to. Este extremo, de dudosa constitucionalidad en cuanto se afectan, creo, materias reservadas a la ley, una vez incluidas las reservas legales de suelo por la legislación urbanística no puede sostenerse.

3. Las dos últimas iniciativas legislativas en materia de vivienda

Este es el punto de partida de las dos iniciativas más significativas que han sido adoptadas muy recientemente: la modificación de la Ley 2/2002, de urbanismo de Cataluña, a través de la Ley 10/2004, para el fomento de la vivienda asequible, la sostenibilidad territorial y la autonomía local; y los decretos 454/2004, de 14 de diciembre, de desarrollo del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007, y 455/2004, de 14 de diciembre, de regulación del Plan de rehabilitación de viviendas de Cataluña.

3.1. Ley 10/2004, para el fomento de la vivienda asequible, la sostenibilidad territorial y la autonomía local

Uno de los motivos que justifican la aprobación de la Ley 10/2004 es, precisamente, facilitar el acceso a la vivienda. Para ello se llevan a cabo diversas modificaciones de la Ley 2/2002, de urbanismo, que clasificaremos del siguiente modo:

- a) Establecimiento y regulación legal del sistema urbanístico de viviendas dotacionales públicas.
- b) La mejora técnica de la regulación legal de la técnica de reservas de suelo para la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.
- c) La posibilidad (obligación en los municipios de más de diez mil habitantes y capitales de comarca) de incrementar la reserva de suelo en el que se emplace el veinte por ciento del techo de uso residencial, con el suelo en el que se emplace un diez por ciento adicional, si la legislación de vivienda establece nuevas medidas de estímulo de la vivienda asequible.
- d) La aplicación inmediata en el planeamiento derivado de municipios de más de diez mil habitantes y capitales de comarca, de la reserva legal mínima de suelo que permita destinar el veinte por ciento de la nueva edificabilidad residencial a viviendas protegidas y un diez por ciento adicional a vivienda sometida a las nuevas medidas de estímulo que establezca la legislación de la vivienda.
- e) La introducción de memoria social en la documentación del planeamiento urbanístico.
- f) La inclusión del incumplimiento del deber de edificar el suelo destinado a vivienda de protección pública como un supuesto legitimador de la expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad.
- g) La introducción del principio de cohesión social en la planificación de la reserva para la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

3.1.1. El sistema urbanístico de viviendas dotacionales públicas³³

Estos sistemas se definen como equipamientos con destino a vivienda dirigidas a satisfacer los requerimientos temporales de colectivos de personas con necesidades de asistencia o de emancipación, justificadas en políticas sociales previamente definidas. Estos terrenos, por su calificación como sistemas, sí son de titularidad pública, deben ser expropiados o cedidos de forma obligatoria y gratuita, y complementan las posibilidades de obtener suelo para ser destinado a satisfacer de manera cuantitativa y cualitativa las necesidades de viviendas asequibles (con disminución del suelo con destino a otro tipo de equipamientos públicos locales).

Los sistemas urbanísticos son un concepto legal dotado de gran imprecisión desde el momento en que la práctica urbanística ha venido admitiendo los sistemas urbanísticos de titularidad privada, sin que se alcance a comprender qué diferencias (de ordenación urbanística, no de precio del suelo) habría entre estos ámbitos de equipamiento cuando son de titularidad privada y las zonas destinadas a los mismos usos (me refiero, por ejemplo, a una escuela de idiomas o a una escuela de negocios ubicada en una zona de oficinas o en un sistema de equipamientos docentes de titularidad privada).

La Ley catalana 2/2002, en el artículo 36.4, establece que los equipamientos privados generan aprovechamiento urbanístico (objeto de distribución equitativa entre los propietarios integrados en la unidad de gestión y por tanto atribuidos como una parte del aprovechamiento lucrativo) y los públicos no (porque son objeto de cesión obligatoria y gratuita).

El sentido de la reforma parece claramente orientado a admitir un sistema de titularidad pública, sobre suelo de cesión gratuita o susceptible de expropiación (el apartado 3 del artículo 34 en la nueva redacción establece que los sistemas urbanísticos de viviendas dotacionales públicas comprenden actuaciones públicas de vivienda). Ello significa que se trata de bienes de dominio público afectados, entiendo, a un servicio público que tiene por objeto satisfacer los requerimientos temporales de colectivos de personas con necesidades de asistencia o de emancipación, justificadas en políticas sociales previamente definidas (entiendo que de vivienda). Más discutible sería la cuestión si se tratara de bienes de titularidad privada. En el caso que nos ocupa la definición de servicio público se ampara en el elemento subjetivo (actuaciones públicas) y el objetivo (requerimientos justificados en necesidades de asistencia o emancipación), que debe completarse con el hecho que esta reserva de equipamientos computa a

33. Son objeto de regulación en los apartados 3, 7 y 8 del artículo 34; 1.g) del 58 y 3, 4 y 5 del 65, en la redacción dada por la Ley 10/2004.

efectos de disminuir la reserva global de equipamientos públicos locales.³⁴ La construcción legal es típicamente la de una actividad de servicio público y deberemos esperar en qué forma se regula en la futura Ley de vivienda.

3.1.2. La mejora técnica de la regulación legal de la técnica de reservas de suelo para la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública: la introducción expresa de la zonificación, como forma de materializar la reserva

Es imprescindible disponer de suelo para desarrollar políticas de vivienda, con lo que la técnica nuclear, en la Ley 2/2002, al igual que en la legislación autonómica comparada, fue el establecimiento de reservas obligatorias de suelo con destino a viviendas protegidas o asequibles. En el caso del proyecto de ley el objetivo es mejorar técnicamente la Ley de urbanismo de Cataluña de 2002, en este aspecto.

3.1.2.1. El punto de partida: el veinte por ciento del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación

El punto de partida ya plantea dificultades de interpretación, en especial, en relación con la exigencia del artículo 57 de reservar el suelo correspondiente al veinte por ciento del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación, tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable (texto que no ha sido modificado por la Ley 10/2004). El artículo 14 del Decreto 287/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento parcial de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, establece que:

“Se entiende por uso residencial de nueva implantación el uso destinado a vivienda que el Plan de ordenación urbanística municipal admita como nuevo uso, o bien que confirme como uso permitido por el planeamiento urbanístico anterior. La confirmación que, a estos efectos, haga el Plan de ordenación urbanística municipal o bien, en su caso, el Programa de actuación urbanística municipal sólo debe referirse al suelo urbanizable de uso residencial cuando, siendo necesaria la reparcelación, no se haya presentado a trámite el correspondiente proyecto y, en caso de que no sea necesaria la reparcelación, cuando no se haya interesado la licencia de edificación.”

Este precepto reglamentario, cuya estructura es un tanto jeroglífica, permite advertir que el problema se

plantea respecto del suelo urbano y más concretamente respecto de la reserva mínima obligatoria en el suelo urbano no consolidado. Este extremo nos lo vuelve a confirmar la disposición transitoria segunda (en la versión dada por la Ley 10/2004), cuando establece: “Estas reservas, en el caso de los municipios de más de diez mil habitantes y las capitales de comarca, deben aplicarse preceptiva e inmediatamente, de acuerdo con lo establecido por el artículo 57.3 y, si procede, la disposición adicional octava, a los sectores de mejora urbana en suelo urbano no consolidado que prevean usos residenciales de nueva implantación y a los sectores de suelo urbanizable con uso residencial.”

Es decir, en el suelo urbanizable la exigencia de reserva mínima es para todo el techo residencial y en el suelo urbano no consolidado lo es para los usos residenciales de nueva implantación.

El uso, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley de urbanismo catalana, es un parámetro para determinar el aprovechamiento urbanístico definido como la resultante de ponderar la edificabilidad, los usos y la intensidad de los usos que asigne al suelo el planeamiento urbanístico; todo ello teniendo en cuenta que también integra el aprovechamiento urbanístico la densidad del uso residencial, expresada en número de viviendas por hectárea [tenor literal del artículo 36.1.d) de la Ley de urbanismo catalana].

La ley no se refiere al uso residencial, sino, en plural, a los nuevos usos residenciales. Estos usos pueden proyectarse sobre un planeamiento anterior que preveía usos no residenciales (normalmente serán industriales) o usos residenciales que comportaban menor aprovechamiento (así, por ejemplo, cuando se produce un cambio de la densidad, que será resultado normalmente de un cambio de la tipología del suelo residencial).

Es posible en suelo urbano no consolidado que la reserva sea obligatoria como consecuencia de la existencia de usos residenciales de nueva implantación por cambio de la tipología de uso residencial y del aprovechamiento urbanístico. O lo que es lo mismo, que el uso residencial de nueva implantación lo sea por sustitución de usos industriales, comerciales o terciarios no es el único supuesto previsto en la norma.

Además debe recordarse siempre que la ley prevé una reserva mínima susceptible de ser ampliada por el planeamiento.

34. “Artículo 58. Determinaciones de los planes de ordenación urbanística municipal.

“1. Los planes de ordenación urbanística municipal, en aplicación de lo que establece el artículo 57:

“a) [...].

“g) Pueden definir el sistema urbanístico de viviendas dotacionales públi-

cas que establece el artículo 34.3 y prever reservas de este tipo en sectores de planeamiento urbanístico derivado en sustitución total o parcial de la reserva de equipamientos, siempre que se acredite que no es preciso destinarlos a equipamientos públicos. Estas reservas incluidas en sectores no pueden ser superiores al 5% de reserva global del municipio para equipamientos públicos locales.”

3.1.2.2. La reserva se materializa a través de la técnica de la zonificación

Hechas las anteriores observaciones, debemos indicar que la nueva redacción del artículo 57 añade dos apartados nuevos. El apartado quinto del precepto precisa en qué consiste la reserva y establece que se concreta mediante la calificación en zonas para esta concreta finalidad de viviendas protegidas, que pueden vincularse a un régimen específico de protección pública.³⁵

Queremos hacer un paréntesis para destacar la importancia de esta cuestión. Es conocida la doctrina de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, que exige una norma con rango de ley para que el planeamiento pueda establecer calificaciones de zona destinada a vivienda protegida. El nuevo tenor de la norma permite el despejar cualquier tipo de duda respecto de esta posibilidad en Cataluña, que ha sido sistemáticamente prohibida, salvo habilitación legal expresa por la jurisprudencia.

El origen de esta doctrina es la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1987 (Aranzadi 5906), de la que fue ponente el magistrado Julián Delgado Barrio, que afronta la cuestión durante la vigencia de la Ley del suelo de 1976. El objeto del recurso es una sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid que anuló la directriz número 17 del texto definitivo de las directrices de planeamiento territorial y urbanístico para la revisión del

plan general de ordenación urbana del área metropolitana de Madrid, aprobado en el año 1981.³⁶

El Tribunal Supremo acepta el planteamiento de la Audiencia Territorial que había sostenido que la ley no autorizaba al plan para imponer un régimen especial para la construcción; que tal régimen carecía de mecanismos de compensación y que la construcción de viviendas protegidas está asociada a un régimen de fomento, de elección voluntaria. El Tribunal Supremo insiste en esta argumentación señalando el carácter reglamentario de los planes urbanísticos y que la actividad pública en materia de vivienda discurre por los cauces del fomento.

Esta línea jurisprudencial va a mantenerse a lo largo del tiempo inalterada y pueden localizarse sentencias que repiten esta doctrina hasta el año 2004.³⁷ Con independencia de que fuera criticable esta posición jurisprudencial, era un obstáculo que debía resolver el legislador.

En nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional ha establecido que el contenido directamente protegido del derecho a la propiedad del suelo se circunscribe al aprovechamiento de los predios según su naturaleza (el aprovechamiento agrario y de sus recursos naturales). El aprovechamiento urbanístico, es decir, el uso intensivo del suelo distinto del agrario adecuado a la naturaleza de la finca, tiene el carácter, según nos dice el Tribunal Constitucional, de artificial.³⁸ Este aprovecha-

35. Artículo 57. Planes de ordenación urbanística municipal. [...]

"3. Los planes de ordenación urbanística municipal deben reservar para la construcción de viviendas de protección pública, con carácter general, como mínimo, el suelo correspondiente al 20% del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación, tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable. Sin embargo, las comisiones territoriales de urbanismo, a propuesta municipal, pueden disminuir esta reserva en los sectores con densidades inferiores a veinticinco viviendas por hectárea que, por su tipología, no sean aptos para la construcción de viviendas protegidas [...].

"5. El planeamiento urbanístico general o derivado, según que corresponda, ha de determinar la localización concreta de las reservas para la construcción de viviendas de protección pública mediante la calificación de terrenos para esta finalidad, que se puede vincular a un régimen específico de protección pública. El planeamiento ha de prever los plazos obligatorios para el inicio y para la finalización de la construcción de estas viviendas."

36. Estas directrices establecían que: "Los planes generales introducirán las determinaciones necesarias para favorecer en el nuevo desarrollo residencial la mayor diversidad posible de tipologías edificatorias y tamaños de vivienda y en especial las viviendas con protección oficial, a efectos de evitar la segregación social y de acomodar las ofertas a los deseos de la población."

37. Las más recientes que he localizado de los tribunales de justicia son del de Castilla y León. En concreto:

—Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, núm. 277/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 22 de julio (RJCA 2004/573).

—Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, núm. 36/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 27 de enero (JUR 2004/62259).

—Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, núm. 68/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 3 de marzo (RJCA 2003/209).

La última del Tribunal Supremo que he localizado, salvo error, es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 27 de enero de 2001 (RJ 2001/2624).

38. La STC 67/1997 afirma el carácter artificial de la propiedad urbana en:

a) Título I del TRLS: "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo" 15. (Capítulo I, "Disposiciones generales": Artículos 9.1 y 11.4). a) El motivo de impugnación alegado contra el artículo 9.1 por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, al establecer la clasificación del suelo [...]. Bajo este perfil, el artículo 9.1 del TRLS dispone tan sólo la existencia de tres supuestos básicos por relación con el derecho de propiedad urbana, a fin de distinguir otros tantos regímenes jurídicos fundamentales: suelo en el que no puede darse esta forma de propiedad (delimitación negativa); suelo en el que sí puede establecerse y, por tanto, se encuentra abierto a un proceso de adquisición; y, en fin, suelo en el que ya se ha consolidado su existencia. Estas hipótesis, por lo demás, no son sino consecuencia necesaria del carácter artificial de esta manifestación del dominio, en cuanto producto histórico del hombre, con las peculiaridades que ello entraña. [...]

b) (Artículo 62, "Valoración del suelo urbano sin aprovechamiento tipo"). La Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2.481/90 contra la disposición adicional sexta de la Ley 8/1990) alega que este precepto es de contenido marcadamente urbanístico, de manera que no cabe su imposición como regulación básica, sin que el Estado disponga de título competencial alguno para una nueva determinación de dicho aprovechamiento. [...]. Es cierto que, como hemos declarado, el artículo 149.1.18 de la CE reserva al Estado en exclusiva la legislación sobre expropiación y no simplemente, como en otras materias, la competencia para establecer las bases o la legislación básica (STC 37/1987, fundamento jurídico 6). Pero tampoco ello supone que ostente la competencia exclusiva para regular cualquier especie expropiatoria, esto es, para regular por completo, más allá de la legislación general de expropiación forzosa, toda expropiación especial por razón de la materia, al margen de que ostente o no competencias sobre el sector material de que se trate. En el presente caso, dada la naturaleza artificial de la propiedad urbana, parece claro que la legislación del Estado no puede predeterminar el modelo urbanístico por la vía de introducir especies o supuestos —estrictamente urbanísticos— a los que anudar determinadas consecuencias jurídicas, incluyendo las técnicas de calificación y clasificación, los instrumentos de planeamiento, etc., porque tal interpretación de la competencia estatal vaciaría de contenido, al menos potencialmente, la competencia urbanística autonómica (artículo 148.1.3 de la CE). [...]"

miento no deriva del derecho de propiedad sino del planeamiento urbanístico. Ésta es una de las claves para entender nuestro Derecho urbanístico y justifica la definición de la reserva de suelo para vivienda protegida, como un tipo de aprovechamiento objeto de calificación y de distribución equitativa entre los propietarios de la unidad de gestión (que distribuyen equitativamente las cargas y beneficios atribuidos por el planeamiento).

La calificación como zona residencial con finalidades vinculadas a viviendas protegidas deberá ser concretada en la futura legislación de vivienda, y este aspecto es de enorme significación. Piénsese en la importancia de habilitar legalmente para que la calificación como zonas con destino a viviendas protegidas se realice, por ejemplo, mediante tipologías como la zona residencial con reserva de porcentaje de techo para vivienda protegida, que permite que una parte de un mismo inmueble se destine a vivienda protegida o asequible y que el resto se destine a vivienda libre.

La futura legislación de vivienda tiene, por tanto, un importante papel para delimitar la tipología de viviendas de protección pública o asequible y su conexión con el régimen de reservas de suelo, mediante la regulación de la calificación de una parte del suelo como zonas residenciales con destino total o parcial a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

3.1.3. La posibilidad (obligación en los municipios de más de diez mil habitantes y capitales de comarca) de incrementar la reserva de suelo en el que se emplace el veinte por ciento del techo de uso residencial, con el suelo en el que se emplace un diez por ciento adicional, si la legislación de vivienda establece nuevas medidas de estímulo de la vivienda asequible³⁹

Ésta es una de las cuestiones que mayores dificultades interpretativas de la Ley 10/2004 está conllevando. La nueva disposición adicional octava establece que, en el caso que la legislación en materia de vivienda establezca nuevas medidas de estímulo de la vivienda asequible, los planes de ordenación urbanística municipal que se aprueben a partir de su entrada en vigor (se refiere a la legislación en materia de vivienda), podrán reservar un mínimo del diez por ciento del techo destinado a uso residencial de nueva implantación, tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable, para la construcción de viviendas objeto de estas nuevas medidas.

Refuerza la importancia de esta disposición adicional el hecho que la reserva del diez por ciento es obligato-

ria en los municipios de diez mil habitantes y capitales de comarca y aplicable ya, por imperativo de la nueva disposición transitoria segunda, en el planeamiento derivado de estos municipios que se apruebe a partir de la entrada en vigor de la Ley 10/2004.

La primera cuestión es si la aprobación del Decreto 454/2004, de 14 diciembre, de desarrollo del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007, que establece en los artículos 20 a 23 el régimen jurídico de la vivienda con protección oficial de precio concertado, cumple los requisitos formales y materiales exigidos en la disposición adicional octava y, por tanto, el diez por ciento adicional de reserva ya es obligatorio para los planes de ordenación urbanística municipal y los derivados que prevén usos residenciales de nueva implantación, que se aprueben después de la entrada en vigor de la Ley 10/2004, en los municipios de más de diez mil habitantes y capitales de comarca.

Desde el punto de vista formal no debe olvidarse que la Ley 10/2004 no ha derogado la disposición final octava de la Ley 2/2002, de urbanismo, que establece: "1. El Gobierno debe presentar al Parlamento, dentro del año 2002, un proyecto de ley de modificación de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda, que incluya: la regulación de la vivienda de protección pública, con atención especial a los regímenes de alquiler o cesión de uso; la conservación y rehabilitación del parque de viviendas; los principios sobre habitabilidad, seguridad y funcionalidad de las viviendas; el régimen de infracciones y sanciones, y las demás materias necesarias para actualizar dicha ley y para su armonización con las disposiciones de la presente ley y demás leyes que sean conexas con la misma."

La llamada que hace la disposición adicional octava a la legislación en materia de vivienda puede interpretarse literalmente (el Decreto 454/2004 es una norma que puede calificarse, sin duda, como legislación en materia de vivienda) o sistemática, y entender que será la reforma de la Ley de la vivienda, cuando proceda a la regulación de la vivienda de protección pública, con atención especial a los regímenes de alquiler o cesión de uso, la que abrirá la puerta a la exigencia de la reserva adicional del diez por ciento.

La anterior reflexión está íntimamente vinculada a la cuestión material. A saber, el régimen jurídico de la vivienda con protección oficial de precio concertado establecida en los artículos 20 a 23 del Decreto 454/2004: es una medida de estímulo de la vivienda asequible o es una nueva submodalidad de vivienda protegida, distinta

39. Nueva disposición adicional octava.

"En caso de que la legislación en materia de vivienda establezca nuevas medidas de estímulo de la vivienda asequible, los planes de ordenación urbanística municipal que se aprueben a partir de su entrada en vigor pueden

reservar, además del 20% que establece el artículo 57.3, un mínimo del 10% del techo adscrito a uso residencial de nueva implantación, tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable, para la construcción de viviendas objeto de estas nuevas medidas. Esta reserva mínima del 10% es obligatoria en los

de la de protección oficial regulada en el Decreto 157/2002, de 11 de junio.⁴⁰

A modo de conclusión, no puede negarse la solidez interpretativa de la exigencia inmediata de la reserva pero tampoco las dudas que ofrece. Ésta será una cuestión polémica hasta la aprobación de la reforma de la Ley de vivienda (y en el ámbito estatal creo que ya hubiera dado lugar a un decreto ley).

3.1.4. La aplicación inmediata en el planeamiento derivado de municipios de más de diez mil habitantes y capitales de comarca de la reserva legal mínima de suelo que permita destinar el veinte por ciento de la nueva edificabilidad residencial a viviendas protegidas y un diez por ciento adicional a vivienda sometida a las nuevas medidas de estímulo que establezca la legislación de la vivienda

El nuevo redactado que de la disposición transitoria segunda establece la Ley 10/2004 obliga a que el planeamiento derivado de los municipios de más de diez mil habitantes o capital de comarca en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable (a los sectores de mejora urbana en suelo urbano no consolidado que prevean usos residenciales de nueva implantación y a los sectores de suelo urbanizable con uso residencial) y las modificaciones del planeamiento general (si ésta implica un cambio de la clasificación del suelo no urbanizable con la finalidad de incluir nuevos usos residenciales) no aprobado inicialmente en el momento de entrada en vigor de la Ley 10/2004 deben incluir obligatoriamente las reservas de suelo (del veinte por ciento y del diez por ciento adicional), es decir, calificar un parte del suelo como terrenos sujetos a algún régimen de protección pública.

¿A cuál régimen de protección pública?:

–Viviendas con protección oficial en régimen ordinario o especial en las que se transmite la propiedad (artículo 3 del Decreto 152/2002 complementado por el régimen del Decreto 454/2004).

–Viviendas con protección oficial destinados a alquilar por diez, veinticinco o treinta años, que una vez transcurridos estos plazos pueden venderse como viviendas con protección oficial de precio concertado [artículo 25.4.b) del Decreto 454/2004].

–Viviendas con protección oficial de precio concertado.

¿La calificación alcanza a determinar el régimen jurídico de la cesión de uso o de dominio? Por ejemplo, puede establecerse en la calificación urbanística que el régimen jurídico de la cesión sea en propiedad o a través de derecho de superficie (el artículo 13 del Decreto 454/2004 regula el régimen de las promociones de viviendas con protección oficial con derecho de superficie).

Las reservas urbanísticas van a obligar a realizar una profunda reflexión sobre las categorías o modalidades de vivienda protegida, construidas a partir de un régimen de ayudas económicas al promotor y al adquirente. Una reflexión sobre el rango de la norma que las regula, sobre su régimen jurídico y su vinculación a la inscripción registral⁴¹ y sobre las consecuencias que tiene respecto del aprovechamiento urbanístico susceptible de patrimonialización. A su vez, desde la perspectiva de la legislación de vivienda, no podrá regularse de igual modo la promoción de viviendas de protección pública en suelos no reservados que en suelos reservados.

3.1.5. La introducción de memoria social en la documentación del planeamiento urbanístico

Hay un aspecto que no tiene carácter sustantivo material, pero tiene un enorme significado y valor, a pesar de su carácter formal.

Me refiero a la exigencia de una memoria social en el planeamiento urbanístico, concretamente en el plan de ordenación urbanística municipal. El planeamiento no es diseño, no es estructura, no es ocupación del suelo, es un instrumento para permitir el crecimiento económico sostenible y para garantizar la calidad de vida de

municipios de más de diez mil habitantes y en las capitales de comarca.”

40. Artículo 3 del Decreto 152/2002.

“Viviendas con protección oficial.

“3.1. Son viviendas con protección oficial las que cumplan los requisitos establecidos en este decreto y sean calificadas como tales por los servicios territoriales de Arquitectura y Vivienda. A estos efectos, las viviendas deben destinarse a domicilio habitual y permanente y deben tener una superficie útil máxima de 90 metros cuadrados, o de 120 metros cuadrados en los supuestos de familia numerosa.

“3.2. Pueden ser calificadas también como viviendas con protección oficial de régimen especial aquellas viviendas destinadas a adquirentes, adjudicatarios o promotores individuales para uso propio que tengan unos ingresos familiares ponderados no superiores a 2,5 veces el salario mínimo interprofesional, y siempre que su precio de venta no supere el establecido en el artículo 19.3 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 2/2002, aprobado por el Decreto 287/2003.”

41. “Artículo 30.

“Suelo con destinación a vivienda de protección pública

“[Desarrollo de los artículos 57.3 y 120.1.h) de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo]

30.1. En las adjudicaciones de suelo de uso residencial con destinación a vivienda de protección pública, tanto si es por título de subrogación como por título de cesión obligatoria y gratuita, hay que tener en cuenta el valor diferencial que el suelo mencionado puede tener en relación con el adscrito a viviendas de renta libre, de acuerdo con lo que establece el artículo 120.1.h) de la ley.

“30.2. La destinación a construcción de viviendas de protección pública se ha de expresar en la descripción de las fincas de resultados de la reparcelación para que conste en el Registro de la Propiedad.

“En caso de innecesariedad de la reparcelación, la constatación mencionada por nota marginal será requisito previo para el otorgamiento de licencias de edificación en el ámbito urbanístico del que se trate. A estos efectos, será necesaria una certificación administrativa del acuerdo que, sobre la base del planeamiento, así lo declare, con notificación a los titulares de los derechos inscritos.

“En estos supuestos, para la inscripción al Registro de la Propiedad de las declaraciones de obra nueva sobre las parcelas afectadas será necesario

los ciudadanos. Son las personas las que dan valor a la ciudad y a los inmuebles y es para las personas que se diseña la ciudad. La ciudad no es sólo un objeto de inversión inmobiliaria.

El artículo 56 de la Ley de urbanismo catalana, que regula los planes directores urbanísticos, no debe incorporar como documento independiente una memoria social a pesar de que entre sus determinaciones está la de establecer la programación de políticas supramunicipales de suelo y vivienda. La Ley 10/2004 sí modifica, en este sentido, el artículo 59, que regula la documentación de los planes de ordenación urbanística municipal. El apartado 1.h) exige la memoria social, que debe contener la definición de los objetivos de producción de vivienda protegida y, si procede, de los demás tipos de vivienda asequible que determine la ley y justificar las reservas de suelo para ese tipo de vivienda.

A su vez, el apartado 4 de la disposición transitoria segunda, en la redacción dada por la Ley 10/2004, establece que los instrumentos de planeamiento urbanístico derivado que desarrollan planeamiento urbanístico general aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de la modificación de la ley y que no contengan la memoria social que exige el artículo 59 deben incorporar una que defina los objetivos de producción de vivienda protegida y, si procede, de los demás tipos de vivienda asequible determinados por la ley.

En la memoria social deberán argumentarse los aspectos cuantitativos y cualitativos, vinculados con la cohesión social, de la política de vivienda que se proyecta en el planeamiento.

3.1.6. La inclusión del incumplimiento del deber de edificar el suelo destinado a vivienda de protección pública como un supuesto legitimador de la expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad

El apartado 5 del artículo 57 (en la versión dada por la Ley 10/2004) establece que el planeamiento debe prever los plazos obligatorios para el inicio y para la finalización de la construcción de las viviendas sometidas a algún régimen de protección. La ley plantea una fórmula de solución para una cuestión que se ha planteado como polémica, al hilo del argumento que determinados ordenamientos autonómicos que han previsto reservas no las han materializado (se cita siempre el caso de Madrid). Ha de advertirse que la cuestión se simplifica mediante la técnica de la zonificación que establece la Ley 10/2004 y la inclusión necesaria, desde la entrada en vigor de esta ley, de zonas calificadas como residenciales con destino a vivienda protegida en el planeamiento derivado o de desarrollo que no esté aprobado inicialmente.

Los terrenos zonificados de este modo, en los que se

materializa la reserva para vivienda protegida, son aprovechamiento urbanístico que se equidistribuye y, en su caso, se cede gratuitamente, en parte o totalmente, a los municipios. El suelo calificado como residencial para vivienda protegida atribuido a los propietarios privados del polígono que se ejecuta no genera rentas especulativas con su retención, a lo sumo puede demorarse en el seno de la ejecución del polígono por criterios comerciales, pero no se advierte qué sentido tiene no ponerlo en el mercado y obtener el pertinente precio (y esperar a la expropiación). Otra cuestión distinta es la existencia de mercado o no en un concreto municipio para vivienda protegida, que debe plantearse en el proceso de planificación territorial y urbanística, del mismo modo que debe plantearse, en cada caso, qué tipo de vivienda libre admite el mercado en el momento y ámbito físico sobre el que se actúa.

La cláusula de salvaguarda que establece la Ley 10/2004 es la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad. El párrafo tercero del apartado 1.e) del artículo 104 (en la redacción dada por la Ley 10/2004) legitima la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad en el supuesto que se incumplan los plazos que el planeamiento urbanístico establece para iniciar o para acabar la edificación de viviendas de protección pública.

El ejercicio de la potestad expropiatoria en todos los supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad (entre otros el que hemos señalado en relación con la vivienda protegida) corresponde, en primer término, a la Administración actuante. Si esta Administración no actúa, el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas (no se singulariza la posición del de Medio ambiente y Vivienda para el caso que nos ocupa) puede ejercer la potestad expropiatoria, previo requerimiento a la Administración actuante para que ejerza dicha potestad en el plazo de un mes.

3.1.7. La introducción del principio de cohesión social en la planificación de la reserva para la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública

Hemos señalado que en materia de vivienda protegida los aspectos cualitativos son tan importantes como los cuantitativos. El parque y la oferta de vivienda protegida o asequible debe ser amplio para contrarrestar el incremento continuado de precios en el mercado libre y para atender a necesidades muy diversas y que cambian con el tiempo y las circunstancias de las personas. La experiencia de grandes parques de vivienda pública que se han convertido en guetos, obliga, creemos, a apostar por una vivienda protegida integrada en un marco conceptual que impulse la mixtidad de usos y la compactación de la ciudad frente al modelo de la

dispersión. La Ley catalana 2/2002,⁴² en su artículo 3, cuando concreta normativamente el concepto de desarrollo urbanístico sostenible, apuesta explícitamente por la ciudad compacta y por evitar la dispersión (frente a un modelo publicitado que asocia dispersión con calidad de vida). En definitiva, sin una oferta cuantitativamente significativa no se resolverán las cuestiones planteadas, ni será posible una apuesta por la cohesión social y la mixticidad de uso, y estos últimos aspectos no pueden olvidarse en pro de la producción masiva de vivienda protegida.

El artículo 56 de la Ley de urbanismo (en la versión dada por la Ley 10/2004) acoge estas inquietudes al establecer que en la programación de políticas supramunicipales de suelo y de vivienda *debe garantizarse la solidaridad intermunicipal* en la ejecución de políticas de vivienda asequible y de protección pública, además de la suficiencia y la viabilidad de estas políticas para garantizar el derecho constitucional a la vivienda y *del cumplimiento de los principios establecidos por el artículo 3*. Existe, pues, un doble vínculo en la programación de las políticas de vivienda con la cohesión social: la solidaridad intermunicipal y la conexión imperativa de la política de vivienda con los principios del desarrollo urbanístico sostenible a los que ya nos hemos referido.

El artículo 57 de la Ley de urbanismo, en la versión dada por la Ley 10/2004, merece un examen singular.

A) En primer lugar, mantiene en el apartado 3 la posibilidad de que las comisiones territoriales de urbanismo, a propuesta municipal, pueden disminuir la reserva mínima, para vivienda protegida, del veinte por ciento del techo que se califique como residencial, en los sectores con densidades inferiores a veinticinco viviendas por hectárea que, por su tipología, no sean aptos para la construcción de viviendas protegidas. Este extremo plantea una cuestión derivada de la nueva ley (si puede reducirse o no el diez por ciento adicional de techo residencial de reserva en los municipios que es obligatorio) y otra del desarrollo reglamentario realizado por el Decreto 287/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento parcial de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo. El artículo 14 de este reglamento establece lo siguiente:

“14.2. En defecto de programa de actuación urbanística municipal y en caso de que el Plan de ordenación urbanística municipal no contenga más que una reserva genérica, se debe entender que ésta es uniforme para

todos los ámbitos de actuación en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable en los que se prevea un uso residencial de nueva implantación.

“El Programa de actuación urbanística municipal, en dicho caso, puede confirmar la referida uniformidad o bien modificarla, concretando y distribuyendo la reserva entre los ámbitos citados, de acuerdo con sus determinaciones específicas.

“14.3 Cuando, como consecuencia de la existencia de sectores con densidad inferior a veinticinco viviendas por hectárea, en los términos regulados por el artículo 57.3 de la ley, se acuerde la disminución de la reserva de suelo para vivienda de protección pública, el techo de estos sectores no computa a efectos de la reserva de suelo que debe contener el Plan de ordenación urbanística municipal.”

B) En segundo lugar, se introduce una importante innovación en el nuevo apartado 4 cuando establece que las reservas para la construcción de viviendas de protección pública deben emplazarse evitando la concentración excesiva de viviendas de dicho tipo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 3.2, para favorecer la cohesión social y evitar la segregación territorial de los ciudadanos por razón de su nivel de renta.

Una interpretación de conjunto resolvería la cuestión sobre la distribución uniforme o no de la reserva entre los distintos sectores, en el sentido de que la ley, al apostar por la cohesión, obliga a motivar de manera suficiente y convincente la decisión de liberar a algunos sectores de la zonificación de una parte de su ámbito como residencial con destino a vivienda protegida o con porcentaje de reserva para vivienda protegida. Liberar estos sectores es una excepción que debe ser razonada suficientemente.

La cuestión sobre si puede excluirse, al amparo del artículo 57.3 de la Ley de urbanismo, el diez por ciento adicional de reserva de techo residencial (disposición adicional octava introducida por la Ley 10/2004), creemos que debería contestarse afirmativamente si se razona en la memoria social de manera suficiente. Esto con las salvedades siguientes: que la futura Ley de vivienda, al regular las medidas de estímulo de la vivienda asequible que amparan la reserva adicional, estableciera criterios al respecto y que la justificación para excluir el veinte por ciento de reserva de techo residencial no tiene por qué ser la misma o suficiente para excluir el diez por ciento adicional.

que en lo escritura de obra nueva se testimonie la calificación provisional de viviendas de protección pública.”

42. “Artículo 3. Concepto de desarrollo urbanístico sostenible.

“1. El desarrollo urbanístico sostenible se define como la utilización racional del territorio y el medio ambiente y conlleva conjugar las necesidades de crecimiento con la preservación de los recursos naturales y de los valores paisajísticos, arqueológicos, históricos y culturales, con el fin de garantizar

la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras.

“2. El desarrollo urbanístico sostenible, dado que el suelo es un recurso limitado, conlleva también la configuración de modelos de ocupación del suelo que eviten la dispersión en el territorio, favorezcan la cohesión social, consideren la rehabilitación y la renovación en suelo urbano, tengan en cuenta la preservación y mejora de los sistemas de vida tradicionales en las áreas rurales y consoliden un modelo de territorio globalmente eficiente.

“3. El ejercicio de las competencias urbanísticas debe garantizar, de

En el otro orden de cuestiones, creemos que no debe alterarse el porcentaje general de la reserva en los municipios en los que se excluye de esa reserva a determinados sectores, con densidades inferiores a veinticinco viviendas por hectárea que, por su tipología, no son aptos para la construcción de viviendas protegidas. Esta posibilidad prevista en el artículo 57.3 es un supuesto de atribución no uniforme de la reserva, no de exclusión de la obligación mínima de reservar el veinte por ciento del techo residencial de nueva implantación, como parece entender el artículo 14 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 2/2002, aprobado por el Decreto 287/2003, de 4 de noviembre.

Todo ello sin perjuicio de considerar que la exclusión en un sector, y por supuesto de un municipio si legalmente se estableciera en un futuro, no debería fundamentarse en la tipología, sino en la necesidad o no de vivienda protegida. En este punto, cabe reseñar que en el ordenamiento autonómico vasco, que es en el que se prevén por primera vez las reservas, se prevé la posibilidad de excepcionar las reservas en los municipios que son obligatorias (más de siete mil habitantes) por el consejero autonómico (artículo 5 de la Ley 17/1994, de 30 de junio)⁴³ siempre que “se acredite el cumplimiento global de los estándares mínimos” y la de imponerlas en los municipios (de menos de 7000 habitantes) en los que no son legalmente obligatorias (artículo 2 de la indicada ley).

Los artículos 43 y 45 de la Ley de urbanismo (en la versión dada por la Ley 10/2004) establecen la posibilidad que las zonas calificadas como residenciales destinadas a viviendas protegidas o con reserva de porcentaje a este tipo de vivienda se atribuyen a la Administración pública en concepto de cesión de aprovechamiento o se prorratteen entre la propiedad privada y la pública. La forma técnica consiste en la posibilidad de asignar suelo a la propiedad privada y a la pública con aprovechamiento urbanístico en el proceso de reparcelación, *proporcionalmente o no, a las diferentes calificaciones de*

zona del ámbito de actuación, con el fin de asegurar la participación de la iniciativa privada en la construcción de viviendas de protección pública.

3.2. El Decreto 454/2004, de 14 de diciembre, para el desarrollo del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007

Ese decreto desarrolla múltiples aspectos de la política de vivienda y del régimen jurídico de las ayudas y subvenciones. Nos detendremos tan sólo en aquellos aspectos más estructurales, que apuntan líneas claras que deberán ser desarrolladas en la futura legislación de vivienda.

3.2.1. La prohibición de descalificación del régimen jurídico de vivienda protegida a petición del interesado y el establecimiento de un período de noventa años para la aplicación del régimen que rige para cada modalidad de vivienda protegida

En primer lugar, deben destacarse dos elementos clave de la regulación del Decreto 454/2004, que son: la prohibición de descalificación del régimen jurídico de vivienda protegida a petición del interesado y el establecimiento de un período de noventa años para la aplicación del régimen que rige para cada modalidad de vivienda protegida.

Estos dos aspectos deben ser relacionados con el régimen jurídico de las viviendas protegidas, que debe ser examinado desde una doble perspectiva. El examen lo haremos desde los principios generales sin singularizar de manera pormenorizada el régimen de Cataluña.

La primera perspectiva la ofrece el régimen jurídico de acceso a la vivienda protegida que se estructura desde un instrumento de determinación de las personas que demandan vivienda protegida (un registro de demandantes de vivienda protegida) y a través del establecimiento de los requisitos para poder demandar vivienda protegida (que le permitirán incorporarse al

acuerdo con la ordenación territorial, el objetivo del desarrollo urbanístico sostenible.”

43. “Artículo 2.

“1. Los planes generales de ordenación urbana y las normas subsidiarias de planeamiento de los municipios con población superior a 7.000 habitantes deberán calificar como suelo destinado a la construcción de viviendas sujetas a protección pública la superficie de terreno que resulte necesaria para materializar el aprovechamiento mínimo siguiente:

“–En suelo urbano, el 20% del total residencial previsto en operaciones integradas de reforma interior que deban ser ejecutadas mediante unidades de ejecución, quedando excluidas las actuaciones asistemáticas a que se refiere el artículo 143 de la Ley de régimen del suelo y ordenación urbana, texto refundido de 26 de junio de 1992.

“–En suelo urbanizable programado, para cada uno de los cuatrienios, y en suelo apto para urbanizar, el 65% del total residencial previsto en esta clase de suelo.

“2. En los municipios con población inferior a 7.000 habitantes no serán de aplicación obligatoria los estándares establecidos en el apartado anterior.

“No obstante, el consejero competente en materia de Urbanismo y Vivienda, previo informe de la Comisión de Ordenación del Territorio del País

Vasco, podrá disponer su aplicación obligatoria a alguno de estos municipios por aconsejarlo así la ordenación territorial y la situación del mercado de la vivienda. La resolución correspondiente se aprobará previa audiencia por el plazo de un mes a los municipios y Diputación Foral afectados.

“Artículo 5.

“1. Los planes generales y las normas subsidiarias para los ámbitos de suelo urbano afectados, los planes especiales de reforma interior para los ámbitos en que se actúe por unidades de ejecución y los planes parciales en suelo urbanizable programado o apto para urbanizar *contendrán las determinaciones de localización de los estándares mínimos establecidos en el artículo segundo de la presente ley.*

“2. Excepcionalmente, cuando las circunstancias urbanísticas de un municipio así lo requieran, el consejero competente en materia de Urbanismo y Vivienda a instancia del ayuntamiento afectado, previo informe de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco, *podrá autorizar en los instrumentos de planeamiento a que se refiere el apartado anterior porcentajes inferiores a los establecidos en el artículo segundo, siempre que se acredite el cumplimiento global de los estándares mínimos.*

“La autorización o denegación de los citados porcentajes, inferiores a lo establecido para la generalidad en la presente ley, se realizará a instancia

registro), que podemos resumir en dos: tener una renta que no sea inferior o superior a los parámetros establecidos legalmente y tener necesidad de vivienda, que significa bien no disponer de ninguna en propiedad, nuda propiedad o usufructo, y no tener capacidad de renta o patrimonial para adquirirla, bien que la vivienda de la que se dispone sea inadecuada para satisfacer el derecho a la vivienda.

La segunda perspectiva es el régimen jurídico a que se somete la vivienda protegida una vez ha sido adjudicada. Sin querer extendernos, se estructura del siguiente modo:

–Las viviendas son objeto de calificación, es decir, de un acto administrativo que las vincula a un concreto régimen jurídico y a una modalidad de vivienda protegida.

–Las viviendas deben tener una superficie máxima y mínima y su precio de venta y de alquiler está fijado normativamente.

–Las viviendas deben destinarse a residencia habitual y permanente.

–Los contratos de la primera y las sucesivas cesiones de uso, alquiler, venta o constitución de derecho reales de uso están sometidos a previa autorización administrativa (visado), que debe controlar que los ocupantes o adquirentes cumplen los requisitos legales de acceso, en especial la necesidad de vivienda, y que no se superan los límites de precio o renta que correspondan a la modalidad de viviendas.

–La Administración competente en materia de vivienda es titular de un derecho de adquisición preferente (dere-

cho de tanteo o retracto),⁴⁴ cuando se produce la transmisión de la vivienda.

–No se puede disponer de las viviendas y los elementos anexos protegidos antes de formalizar la escritura de venta, de cesión o de construcción de hechos reales de uso o de la formalización de los contratos de arrendamiento.

–Los adjudicatarios deben ocupar las viviendas en un determinado plazo establecido normativamente.

Mantener la calificación durante noventa años, que es lo que establece el artículo 24 del Decreto 454/2004, significa que el régimen jurídico que hemos sintetizado se prolonga durante ese período de tiempo para todas las viviendas que se califican provisionalmente a partir de su entrada en vigor. El precepto señala expresamente que durante todo el período de protección se han de mantener las condiciones de uso y precio máximo de transmisión establecidos.

El mismo precepto establece la otra gran novedad: las viviendas con protección oficial que se califican provisionalmente a partir de la entrada en vigor del decreto no se podrán descalificar a petición de los propietarios en todo el período de protección.

El cambio es de gran alcance y ha sido una de las cuestiones que mayor controversia ha generado. Sin embargo, es una tendencia, que puede constatarse en parte de la legislación de vivienda autonómica. En el caso de Aragón, la Ley 24/2003, de 26 diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, ha endurecido las condiciones para la descalificación⁴⁵ y en el caso

del ayuntamiento afectado, entendiéndose favorable la falta de respuesta del consejero en el plazo de sesenta días.”

44. Sirva de ejemplo el artículo 28 del Decreto 454/2004, que los regula del siguiente modo:

“Derechos de tanteo y retracto

“28.1. La Administración de la Generalidad de Cataluña podrá ejercitar los derechos de tanteo y retracto en las transmisiones de las viviendas de protección pública, de precio concertado, durante todo el periodo de calificación.

“28.2. Para el ejercicio del derecho a tanteo el transmisor de la vivienda deben comunicar a la Administración de la Generalidad de Cataluña la intención de enajenar la vivienda, especificando la persona adquirente, el precio de la transmisión, la forma de pago y las otras condiciones esenciales que se hayan pactado. La Administración de la Generalidad podrá ejercer el derecho de tanteo en el plazo de treinta días naturales contados a partir del día siguiente de la notificación de la decisión de enajenar la vivienda.

“En la escritura pública de enajenación deberá hacerse constar que se ha efectuado la notificación mencionada anteriormente, y se tiene que acreditar ante notario que han transcurrido los treinta días desde la notificación, o aportando la comunicación de la Administración de renuncia a dicho derecho.

La comunicación a la Administración de la Generalidad para que pueda ejercitar el derecho de tanteo caduca a los seis meses. Transcurrido este plazo, en caso de querer enajenarse la vivienda se tendrá que volver a hacer la comunicación.

“28.3. La Administración de la Generalidad podrá ejercer el derecho de retracto sobre la transmisión de las viviendas indicadas en el párrafo primero, en el caso de que no se haya producido la comunicación prevista en el apartado 2, que la transmisión se haya efectuado sin cumplir los requisitos previstos para el ejercicio del derecho de tanteo o que haya caducado la notificación.

“El plazo para el ejercicio del derecho de retracto es de treinta días natu-

rales contados desde que la Administración de la Generalidad tenga conocimiento fehaciente de la transmisión.

“28.4. Los derechos de tanteo y retracto se tendrán que hacer constar tanto en los documentos privados como en las escrituras públicas de enajenación, además de la notificación prevista en el apartado 2 del presente artículo.”

45. “Artículo 13. Extinción del régimen de protección.

“1. El régimen de protección de las actuaciones de vivienda se extinguirá por alguna de las siguientes causas:

“a) Por el transcurso del tiempo de duración del régimen legal de protección, que será de treinta años desde su calificación definitiva o, en su caso, el tiempo superior que pudiera establecerse para concretas modalidades de actuación protegida.

“b) Por medida complementaria adoptada conforme a lo establecido en esta ley.

“c) A petición del propietario de la vivienda, salvo en el caso de viviendas de promoción pública, conforme a lo establecido en el apartado siguiente.

“2. La Administración podrá conceder discrecionalmente, con arreglo al procedimiento y atendidos los criterios que se establezcan reglamentariamente conforme al artículo 1 de esta ley, la descalificación de viviendas protegidas, a petición de su propietario, una vez transcurridos los siguientes plazos:

“a) Veinte años desde la calificación definitiva de viviendas protegidas de promoción privada concertada o por convenio, si así se prevé en éste.

“b) Quince años desde la calificación definitiva de las restantes viviendas protegidas de promoción privada, salvo las señaladas en la letra c) del artículo 6 de esta ley.

“c) Diez años desde la calificación definitiva de las viviendas a que se refiere la letra c) del artículo 6 de esta ley.

“d) Una vez transcurrido el plazo de amortización del préstamo subsi-

del País Vasco se establece que el régimen de protección se prolonga durante toda la vida de la vivienda.

Sin perjuicio de tratarse de un criterio de política de vivienda, tan legítimo como el que existía hasta el momento, no debe olvidarse el entorno en que esta decisión se adopta. Nunca hasta este momento había una diferencia tan grande entre los precios de viviendas de protección pública y las viviendas libres, con lo cual la descalificación produce un incremento patrimonial muy importante, mucho mayor en términos absolutos y relativos que hace diez años, que no siempre es fácil de justificar.

A su vez, en el futuro más inmediato, el suelo sobre el que se construirán viviendas protegidas tiene un precio establecido al margen de los criterios de mercado e impuesto normativamente, lo cual obliga a reformular los principios que estructuraban el régimen de viviendas de protección basado en técnicas de fomento. No podemos olvidar que el concepto de viviendas protegidas y las modalidades de viviendas protegidas se introducen en un entorno jurídico y fáctico distinto. Ya nos referíamos anteriormente a que las reservas cambian la funcionalidad y la finalidad de las modalidades de protección, que pasan a ser ahora el parámetro del valor de suelo y delimitan un ámbito territorial que queda excluido de reglas del mercado.

3.2.2. Registro unificado de solicitudes de vivienda protegida

La disposición adicional cuarta⁴⁶ introduce una técnica que introducirá un cambio radical en la política de viviendas protegidas. Se anuncia la creación del registro unificado de solicitudes de viviendas protegidas. Este instrumento será decisivo desde la perspectiva de conocer la demanda de viviendas protegidas y de establecer los criterios de adjudicación de estas viviendas.

La existencia de un registro único en Cataluña permitirá conocer la demanda de manera cuantitativa, cualitativa y territorial y deberá permitir arbitrar procedimientos de adjudicación. Estos registros existen en otras comunidades autónomas, entre los que pueden destacarse los registros del País Vasco, Navarra y Aragón, que serán una referencia, sin duda, para la elaboración de su régimen jurídico en la futura Ley de la vivienda.

3.2.3. La vivienda con protección pública de precio concertado

El Decreto 454/2004 introduce una nueva modalidad de

vivienda protegida: la vivienda de precio concertado. Esta modalidad está definida en el artículo 21 como aquella que con un precio máximo de venta superior al de las viviendas con protección oficial de régimen general, se destina a personas o unidades familiares con ingresos ponderados no superiores a 6,5 veces el indicador público de renta de efectos múltiples. A esta modalidad de vivienda podría entenderse que se refiere el diez por ciento de reserva de techo adicional a que hemos hecho referencia al comentar las modificaciones de la Ley de urbanismo, sin perjuicio de lo que disponga en su día la Ley del derecho a la vivienda.

El decreto define esta modalidad como vivienda con protección oficial, con lo que le es aplicable el período de noventa años de vinculación y el régimen de descalificación explicado y el resto de condiciones que configuran el régimen jurídico general de la protección oficial. Los precios máximos de venta por metro cuadrado de superficie útil de estas viviendas se fijan anualmente, por orden del consejero de Medio Ambiente y Vivienda, según la evolución del mercado inmobiliario.⁴⁷

Es importante señalar la singularidad referida a las segundas transmisiones de las viviendas de precio concertado. En concreto, que el precio de venta se podrá determinar como el más alto entre el correspondiente al año de la transmisión, o el que resulte de incrementar el precio que conste en la calificación definitiva de las viviendas con la variación del índice de precios de consumo (IPC) entre el año inicial y el de la transmisión. El mismo procedimiento de determinación del precio de venta se aplicará a las primeras transmisiones de viviendas con protección oficial en régimen de alquiler.

En definitiva, se incrementan, respecto de las viviendas con protección oficial de régimen general y especial, los precios máximos de venta y los requisitos de renta de los posibles adjudicatarios.

3.2.4. Prevención de la exclusión social residencial: subvención al alquiler de colectivos con dificultades

Es importante incorporar al derecho a la vivienda a los colectivos que viven en la ciudad consolidada. Respecto a los propietarios existen ayudas a la rehabilitación que se han asumido con plena naturalidad como una forma de atender a colectivos que si no tuvieran su vivienda en propiedad serían demandantes de vivienda protegida. Al producirse el deterioro de su vivienda se protege su derecho mediante la cobertura o ayuda económica a la rehabilitación.

diado para la promoción de viviendas protegidas en régimen de arrendamiento.”

46. “Disposición adicional cuarta.

“Registro Unificado de Solicitudes de Vivienda Protegida.

“La Generalidad de Cataluña llevará a cabo las gestiones oportunas para poner en marcha el registro unificado de solicitudes de vivienda protegida, a

través de los instrumentos de gestión que se determinen, así como el procedimiento de adjudicación permanente de las viviendas protegidas, como un sistema integral de control y transparencia en la adjudicación de las viviendas de protección que se plantea en este decreto.”

47. Los precios para el año 2005 son los siguientes: Zona 1: 2.300 euros; Zona 2: 2.120 euros; Zona 3: 1.950 euros; Zona 4: 1.500 euros; Zona 5: 1.350

El Decreto 454/2004 da un paso más y muy significativo, al prever la subvención al alquiler de colectivos con dificultades (se trata de ayudar a pagar el alquiler a arrendatarios con dificultades), con la finalidad de prevenir la exclusión social residencial. Los arrendatarios beneficiarios de estas subvenciones habrán de tener ingresos familiares no superiores a dos veces el IPREM y encontrarse en alguna de las siguientes circunstancias:

a) Ser personas de más de 65 años, titulares de contratos de alquiler con prórroga forzosa.

b) Ser arrendatarios de viviendas administradas por la Generalidad de Cataluña a través de ADIGSA, por administraciones o empresas de ámbito local, o por entidades sin ánimo de lucro, con excepción de las viviendas de los parques construidos sobre suelos de equipamientos.

c) Ser personas o unidades de convivencia titulares de un contrato de alquiler, obtenido a través de la Red de Mediación para el Alquiler Social de la Generalidad de Cataluña, regulada en el capítulo 7 de este decreto, que se encuentren en condiciones especiales: familias monoparentales, mujeres que se encuentran o salen de una situación de violencia, personas en riesgo de exclusión social, personas inmigradas con menos de cinco años de residencia en Cataluña, personas de más de 65 años, personas afectadas por acoso inmobiliario, personas en situación de paro, personas con incapacidad superior al treinta y tres por ciento declaradas como tales por el ICASS, y otras en situaciones análogas que se consideren con riesgo de exclusión a criterio de los operadores de la red, y de entidades colaboradoras que firmen convenio con el Departamento de Medio Ambiente y Vivienda con esta finalidad.

d) Ser jóvenes de hasta 35 años de edad, con ingresos anuales mínimos de 6.500 euros, que hayan firmado un contrato de alquiler a partir del 1 de enero de 2004, a través de las bolsas de vivienda joven convenidas con la Secretaría General de Juventud, a través de la Red de Mediación para el Alquiler Social, o a través de las entidades colaboradoras que firmen convenio con el Departamento de Medio Ambiente y Vivienda.

Se entenderán por ingresos familiares en todos los casos del punto anterior los de todos los ocupantes de la vivienda, tanto si existe entre ellos relación de parentesco como si no.

Esta perspectiva de ayudas al alquiler no para emanciparse sino para vivir con dignidad ofrece una perspectiva distinta a la habitual de satisfacer el derecho a la vivienda mediante la construcción de grandes promociones de viviendas protegidas.

3.2.5. Mediación para la vivienda de alquiler social y el parque desocupado: Red de Mediación para el Alquiler Social

El Departamento de Medio Ambiente y Vivienda ha creado un sistema de mediación en el mercado de

alquiler social de vivienda, denominado Red de Mediación para el Alquiler Social, para incrementar la oferta de alquiler a precios moderados para atender las necesidades de la población con ingresos más bajos. Esta red tiene como objetivo crear o apoyar, en colaboración con las administraciones locales correspondientes, bolsas de vivienda de alquileres locales o supralocales, o de entidades sociales sin ánimo de lucro especializadas en mediación de vivienda, que trabajen para el arrendamiento de vivienda a precios moderados.

El Decreto 454/2004 establece una regulación pormenorizada de los requisitos de los inmuebles de las personas que pueden acceder y de las ayudas a propietarios y arrendatarios. ■

9. Patrimonios públicos del suelo y vivienda

José M.^a Baño León
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de Valencia*

1. Introducción.
2. Qué mecanismos urbanísticos podrían tener que ver con las viviendas de protección pública.
3. Cuáles deben ser las finalidades de una política de vivienda en una economía de mercado como en la que estamos.
4. ¿Realmente deben destinarse los patrimonios públicos del suelo necesariamente a VPO? ¿Es eso lógico o se puede discutir?

1. Introducción

Quisiera transmitirles algunas reflexiones personales sobre el entrecruzamiento que existe en el Derecho español entre las políticas del suelo y las políticas de vivienda y, al hilo de ella, hacerles algunas reflexiones críticas. Probablemente todos estamos de acuerdo con los fines de una política de vivienda. Creo que mayoritariamente todos estamos de acuerdo en que todas las personas deben tener derecho a disfrutar de una vivienda, aunque ya no estoy tan seguro de si tienen que ser propietarios de una vivienda. Me parece un primer matiz muy importante que en España no se ha tratado suficientemente. Todos también estamos de acuerdo en que una finalidad esencial en esta materia tiene que ser la integración, es decir, dar casa, dar habitación como se decía tradicionalmente, aquí en España, a sectores marginados o a quienes por circunstancias de la vida (invalidez, o tercera edad), tienen una merma de recursos económicos importante. Bien, estando todos de acuerdo en eso, creo que es bueno reflexionar críticamente sobre si las políticas públicas de VPO son las más idóneas para alcanzar esos fines.

Mi intervención consta de tres partes: por un lado explicar qué mecanismos urbanísticos podrían tener que ver con las viviendas de protección pública.

Por otro lado, voy a tratar cuáles deben ser las finalidades de una política de vivienda en una economía de mercado como en la que estamos. No estamos en la España de los años cincuenta y seguimos utilizando técnicas de los años cincuenta para el 2004 y lo malo es que con consenso político, eso es lo que me asusta.

Y en tercer lugar, voy a tratar de hablar de los patrimonios públicos del suelo y de la vivienda, bajo un Leitmotiv, o una pregunta si se prefiere: ¿Realmente deben destinarse los patrimonios públicos del suelo necesariamente a VPO? ¿Es eso lógico o se puede discutir?

2. Qué mecanismos urbanísticos podrían tener que ver con las viviendas de protección pública

En cuanto a las técnicas, es decir, qué tipo de patrimonios, qué tipo de técnicas existen para que el urbanismo pueda venir en ayuda de las viviendas de protección oficial, para que puedan, en definitiva, construirse más viviendas sometidas a algún régimen de protección oficial, y ya subrayo que uno de los problemas fundamentales que existen es la heterogeneidad autonómica, puesto que hablamos de viviendas sometidas a algún régimen de protección, pero los regímenes de protección son muy diferentes. Aquí hay fundamentalmente tres aportaciones que puede hacer el urbanismo o el derecho patrimonial de la Administración: por un lado, los patrimonios públicos del suelo, a los que luego me

referiré, es decir, el producto fundamentalmente de la cesión del 10% del aprovechamiento urbanístico, en tiempos fue el quince, antes era el diez y hoy se ha generalizado, un 10% de terrenos que destinan en cualquier urbanización, en todas las comunidades autónomas, porque ninguna ha bajado el techo de cesión, todas se han acogido al máximo establecido en la ley. En segundo lugar, otros patrimonios públicos, el profesor Marcos Vaquer se ha referido a ellos y son muchos los patrimonios públicos que existen. El patrimonio de Renfe, el patrimonio del Ejército, o sea del Ministerio de Defensa, viejísimo asunto que jamás ha conseguido gobierno alguno someter ese patrimonio al régimen general de hacienda, siempre ha tenido un régimen especial y esto tiene unas razones de fondo.

Y por último, la otra técnica urbanística es la famosa reserva de terrenos para vivienda de protección oficial, que establecen los planes urbanísticos y que el profesor Vaquer Caballería, en este caso, en su condición de director general, nos ha anunciado que incluso la propia ley estatal se va a establecer como una condición básica de la propiedad. Soy algo escéptico sobre dichas reservas.

Pongo un ejemplo que conozco, Madrid. En esa comunidad, la ley vigente reserva para VPO el 50% de cada actuación urbanística. Sin embargo, es una de las comunidades autónomas en la que menos vivienda de protección oficial se hace. El éxito de la ley en este punto es más que discutible.

No estoy haciendo una crítica absoluta, que no sería justa, sino señalando simplemente que el mercado tiene unas exigencias y el legislador puede hacer lo que puede hacer, y puede hacer bastante poco. Cualquier profesor de Derecho administrativo sabe perfectamente que la eficacia de la norma es una eficacia muy relativa. Pero en este país seguimos con un normativismo excesivo y creemos que podemos reinventar el mundo a cada cambio de gobierno. Bien, he puesto el ejemplo de Madrid y se podría poner el inverso. En la Comunidad Valenciana se hacen muchísimas más viviendas de protección oficial, por muchas razones que no son del caso ahora exponer, y no había hasta hace poco esa reserva de suelo. Es decir, que las cosas no son tan sencillas. No basta con decir que queremos que todo el mundo tenga derecho a la vivienda digna para que esto se haga realidad. Hace falta por el contrario adecuar los módulos de la vivienda protegida a la realidad del mercado.

3. Cuáles deben ser las finalidades de una política de vivienda en una economía de mercado como en la que estamos

Explicada esta primera parte, es decir, qué instrumentos urbanísticos pueden servir para crear la vivienda de protección oficial, me parece muy importante hablar de

cuáles deben ser las finalidades de las viviendas de protección oficial, porque me parece un tema capital. Qué queremos hacer con las viviendas sujetas a cualquier régimen de protección, es decir, qué pretendemos. Porque si hacemos un análisis histórico, siquiera sea muy superficial, veremos que el origen de la vivienda de protección oficial después de la Guerra Civil, antes en la legislación de casas baratas, no fue exactamente la protección al más débil, sino razones de pura economía nacional que aconsejaba facilitar a los promotores un capital que entonces no tenían, porque España estaba en una situación económica paupérrima.

¿Cuáles pueden ser esas finalidades desde un punto de vista teórico? Porque a mí esto me parece crucial para hacer un análisis jurídico. Primero, facilitar el acceso a la vivienda para que todo el mundo pueda *disfrutar* de ella, subrayo el verbo que emplea el artículo 47 de la Constitución. Pero disfrutar, lo he dicho al principio de mi intervención, no es ser propietario. No conozco ninguna constitución en el mundo que haya dicho que es un derecho ciudadano ser propietario de una vivienda, eso será una aspiración, pero no un derecho. Es más, el porcentaje de propiedad de vivienda que hay en España es significativamente mayor que el de arrendamiento.

Tomando por término general la política de vivienda de protección oficial que se hace por todas las comunidades autónomas, yo diría que la orientación de la política de vivienda sigue siendo la vieja del franquismo, es decir, la adquisición de vivienda, y no la de garantizar el disfrute de la misma a los más necesitados.

Segunda finalidad que pueden tener las viviendas de protección oficial: la integración social de sectores de población desvalidos, o no integrados. Creo que esta política de vivienda siempre ha estado separada en la legislación, tiene muy poco que ver con la otra y confundir y mezclar es muy malo. Una cosa es atender a aquellos sectores desvalidos y procurarles un techo a los que no lo tienen, y aquí puede hablarse tanto de propiedad como de VPO en régimen de alquiler, y otra cosa muy distinta es abaratar el coste de adquisición de una vivienda a quien podría comprarla de otra manera o simplemente a quien no puede comprarla y no quiere arrendarla, que es una cosa muy distinta.

Tercera finalidad de una política de vivienda de protección oficial: estimular la oferta de vivienda, y eso ha sido muy tradicional en España. ¿Cuándo se ha hecho más VPO en todas las comunidades autónomas? Cuando el mercado libre no ha funcionado. ¿Por qué? Obvio, porque de esa manera se ha permitido al sector de la promoción y al sector de la construcción, que en España ocupa aproximadamente un 11-12% del PIB, tres o cuatro puntos más alto que en Alemania, evitar una crisis enorme, o por lo menos amortiguar los efectos de la crisis. Estimular la oferta de viviendas en este momento es absurdo, porque el problema que existe en España

con la vivienda, lo ha subrayado el director general pero yo lo voy a acentuar, es un problema exclusivamente de demanda, no es un problema de oferta. Se me dirá, con toda razón, “claro, pues eso es lo que hace falta, mucha oferta para acomodarse a la demanda”, pero esto en el mercado de la vivienda es virtualmente imposible, porque por muy rápido que vaya el planeamiento y el coste de transformación de los terrenos, siempre la demanda irá detrás de la oferta, porque la oferta necesita entre dos y cuatro años desde la previsión del plan para poder convertirse en realidad... Esto hablando de la Comunidad Valenciana, que quizás es el sitio donde más rápidamente se transforma el suelo. En otros sitios como Madrid o Cataluña podríamos hablar de un período entre cuatro y ocho años.

Pero es que además, por razones de sostenibilidad y por razones de sentido común, tampoco puede generarse la oferta de una manera ilimitada. Estamos hablando de un territorio sensible, de una ciudad sensible y, por otra parte, estamos hablando de fenómenos que a veces son coyunturales, o a veces responden a causas económicas muy precisas. Pongo un ejemplo, para situar las cosas en su sitio, porque es lo único que yo quiero aportar aquí, reflexiones pretendidamente objetivas, sobre la situación. Se dice, ha dicho el director general, si no le he entendido mal, que el esfuerzo inversor de un hogar medio en este momento, en el 2003, que es un dato que yo no tenía, es aproximadamente del 40% de los ingresos familiares. Y nos parece que destinar el 40% a la vivienda es excesivo. Bien, voy a darles unos datos de cuál era el coste en el año 1990, el 89,73%. Me gusta hablar con datos. El profesor García de Enterría, al que tengo por maestro, siempre ha dicho que el Derecho administrativo es un Derecho histórico, y eso es verdad, pero la historia también es la reciente y la historia reciente hay que valorarla con los datos. En el año 1991, el esfuerzo era del 85,36%. Y en el año 1994 (a partir del año 1993, baja radicalmente) del 55%, hasta el año 1999 en que pasa a ser el 34,53%. A partir de entonces ha repuntado hasta superar el 40%.

Los motivos, se han dicho antes, son obvios. Primer motivo: el crecimiento de la riqueza en el país. Esto es elemental, si hay más riqueza, uno de los sitios a donde esa riqueza va, no sólo para inversión, sino también para reposición, es a la vivienda. Quien tiene una vivienda de más baja calidad busca una vivienda de más alta calidad. Pero además, no solamente es esa razón basada en datos objetivos, es que esos datos objetivos se pueden ver por ejemplo por un indicador que es muy significativo. El indicador es el del dinero que las entidades bancarias prestan. Por ejemplo, hay estadísticas en España, que no las manejan habitualmente los políticos, quizás porque no van bien o no convienen, que dicen que el crédito en España es bastante más barato que en el resto de Europa. La cantidad de dinero prestada por los ban-

cos españoles para la adquisición de vivienda es mucho más elevado que en Alemania, tres puntos más por lo menos. Es que España no solamente tiene uno de los sistemas bancarios más solventes del mundo. Y eso hace que por ejemplo, que los créditos en España sean mucho más baratos que en Alemania o en Francia, a pesar de que son países con más riqueza que nosotros. Por ejemplo, las condiciones que se exigen a una persona para el crédito en España son infinitamente más flexibles que en Alemania. En Alemania no es tan común que se dé el 90% de la hipoteca, vamos, yo diría que es absolutamente impensable. Tampoco se exigen en España requisitos adicionales de solvencia. Es decir, son muchas características que hacen que en España haya habido un aumento sustancial de la demanda, al margen de la segunda residencia, tema que no existe en otros países. Es decir, todo eso ha hecho que naturalmente el precio suba, porque todo el mercado al final es un mercado donde hay oferta y demanda, si hay un exceso de la demanda evidentemente los precios del mercado suben.

Y por otro lado, los precios comparativos de muchas ciudades españolas, hasta hace poco (ahora se están igualando), eran muchos más bajos que ciudades similares de otros países. Luego, por otra parte, Madrid o Barcelona, son ciudades con escasas posibilidades de clasificación de más suelo urbanizable. Es decir, es que el urbanismo ya no puede hacer prácticamente nada para abaratar el precio del suelo en algunas ciudades. ¿Por qué? Porque prácticamente ya no hay suelo.

Quiere decirse que pretender que con la política de VPO se abarate el precio de la vivienda es imposible, primero, y en segundo lugar es un dislate lógico. Lo que quería transmitirles a ustedes es que la política de vivienda de protección oficial puede conseguir (lo que habrá que discutir es cómo se hace) abaratar el precio de adquisición de la vivienda a los beneficiarios, pero no abaratar el precio de la vivienda, porque el mercado de protección oficial y el mercado de vivienda libre son intercambiables. Obviamente si en el paseo de la Diagonal hubiera, que habrá a lo mejor, vivienda de protección oficial, el mercado la valora igual que la vivienda libre, porque valora sobre todo el precio de repercusión del suelo, que es uno de los costes más importantes de la vivienda.

4. ¿Realmente deben destinarse los patrimonios públicos del suelo necesariamente a VPO? ¿Es eso lógico o se puede discutir?

¿Qué podemos hacer respecto a los patrimonios públicos del suelo? ¿Debemos contribuir a la promoción de viviendas de protección oficial, con los patrimonios públicos del suelo? ¿Debe movilizarse exclusivamente para viviendas de protección oficial? Señalaré en primer

lugar, lo que ha ocurrido hasta ahora y luego lo que se quiere hacer.

Lo que ha ocurrido hasta ahora. Los únicos patrimonios públicos que legalmente estaban afectos, en parte, a las viviendas de protección oficial eran los patrimonios públicos del suelo municipales. Los patrimonios del Estado jamás han tenido que ver nada con eso y se han destinado a las finalidades que se han considerado oportunas. Saben ustedes que, como mínimo desde la ley de 1975, y el texto refundido de 1976, la cesión del aprovechamiento urbanístico en el suelo urbanizable se daba a los ayuntamientos para destinarlo a causas de utilidad social y para la construcción de viviendas de protección oficial. En la práctica, ¿qué ha ocurrido en muchos de los municipios españoles? Pues yo clasifico a los municipios españoles, en este punto me permitirán una cierta broma coloquial, en dos grupos. Primero el grupo mínimo de municipios que han cumplido la Ley del suelo, ésta y las sucesivas, porcentaje que no es estadístico porque es mínimo; y en segundo lugar la de mayoría de municipios que han saltado olímpicamente, sobre esa regla. De hecho hay muchos municipios españoles que ni siquiera tienen inventariado el patrimonio municipal del suelo, porque se lo gastaron hace años, y se lo han gastado sucesivamente. No digamos nada cuando las cesiones se hacen en metálico, porque ¿quién le sigue el rastro al ingreso en la contabilidad municipal? Recuerdo una vez que para hacer un trabajo sobre financiación municipal, pedí a varios ayuntamientos con los que tenía relación que me dijeran exactamente cuál era el patrimonio municipal del suelo, de qué se componía. La mayoría de ellos nunca respondieron, probablemente porque no tenían constituido su patrimonio.

Hay otro tipo de municipios que tienen constituido el patrimonio municipal del suelo y les ocurre que tienen una ley urbanística, a mi juicio absurda y antieconómica, que les señala que ese patrimonio municipal del suelo sólo se puede destinar a viviendas de protección oficial, u otros usos de utilidad social. Es decir, se puede, por ejemplo, ceder gratuitamente a una entidad sin ánimo de lucro para constituir, por ejemplo, un hospital de ancianos, o una residencia de ancianos, se puede destinar a VPO, bien vendiéndolo o bien entregándolo gratuitamente o constituyendo derecho de superficie, pero el patrimonio municipal del suelo, por ejemplo, no se puede utilizar para pagar la expropiación necesaria para un vial. El Tribunal Supremo ha dicho que no.

A mí esto me parece un disparate, les voy a explicar por qué. Porque la concepción del patrimonio municipal del suelo que luce en la ley del 76, que está en la ley de 1992, y que el Tribunal Constitucional ha salvado por los pelos, en la Sentencia 61/1997, es el único caso que conozco de patrimonio al que no le ha llegado la desamortización de Mendizábal, es un patrimonio amortiza-

do en el siglo XXI. Un patrimonio que no se puede utilizar en función de las necesidades financieras del municipio, sino que solamente se puede destinar a esas finalidades. Y mi pregunta es: ¿por qué regla de tres tienen que ser los municipios los únicos que destinan el 10% del aprovechamiento a VPO? Si se considera que es sano y válido, debería establecerse esa misma regla para todos los patrimonios públicos del suelo. Creo que si se estableciera esa regla para todos los patrimonios públicos del suelo estaríamos vistiendo a un santo y desvistiendo a otro. ¿Por qué? Porque al final las necesidades públicas son las que son y por tanto si se decide movilizar mucho patrimonio público del suelo para VPO será a costa de que esos recursos no se utilicen para otras necesidades. ¿Estamos todos de acuerdo en que subamos los impuestos, por ejemplo? Habrá que subirlos. De alguna manera esos recursos habrá que generarlos.

Si queremos tener un cazabombardero, no entro en si debemos tener o no un cazabombardero. Yo particularmente, no lo necesito para nada, pero bueno, puede ser que se considere razonable que tengamos un cazabombardero, el recurso se obtendrá vía impuestos, o utilizando el patrimonio. Pero si utilizamos ese patrimonio para VPO, evidentemente no lo utilizaremos para otra cosa. Y como que yo sepa, el dinero no le sobra ni al Estado, ni a las comunidades autónomas, ni a las corporaciones locales, me parece sencillamente que por ley vincular un patrimonio a un fin rígido no solamente es disparatado, sino que va contra una lógica económica y que por tanto su vida real, sus posibilidades de éxito reales, son prácticamente equivalentes a cero. Y me resulta indiferente como jurista que se apruebe o no la ley que diga eso, porque las leyes, cuando pretenden cometidos imposibles caen en el amplio mundo del desuso, en un cajón que debe existir en el cielo de los conceptos jurídicos; en ese cajón hay un montón de leyes, la mayoría de las cuales son absolutamente inútiles. Insisto, si se necesitan recursos para la vivienda de protección oficial, una vez hayamos sido capaces de definir para qué queremos las viviendas de protección oficial, para cuáles de esas finalidades, habrá que obtenerlos con cargo a los recursos generales que tiene la hacienda local, la hacienda estatal o la hacienda autonómica.

¿Y qué decir de las reservas de suelo? Voy a dedicarle, para terminar mi intervención, una pequeña reflexión.

¿Qué decir de las reservas destinadas a viviendas de protección oficial? Me han dicho para mi alarma personal antes de empezar la conferencia que en Cataluña se está planteando que la calificación de las viviendas de protección oficial sea de noventa años.

Me parece, por las mismas razones que he dicho antes, que pretender que en un mercado donde a alguien se le subvenciona la adquisición de algo que vale mucho más (no estoy hablando de la vivienda de integración social, sino de la facilitación de la vivienda

más barata), se rigidifique durante noventa años es pretender también un imposible y el mercado buscará las vías para eludir la normativa correspondiente.

Voy a entrar ahora en el tema de si se deben reservar el 40 o el 50% de los terrenos para VPO.

A mí me parece que esto plantea muchos problemas. Primer problema: si el Estado, y las comunidades autónomas de común acuerdo, porque parece que aquí el Estado va de la mano de las comunidades autónomas, establece reservas de terrenos para VPO introduce un elemento de rigidez en el mercado que en algunos ayuntamientos o municipios españoles puede llevar directamente a una subida todavía más espectacular de los precios. ¿En cuáles de ellos? En aquellos en los que el módulo no llegue a una rentabilidad normal y en la que, por tanto, la demanda tire todavía más del mercado libre. Ejemplo, Madrid, donde los promotores aceptan sin ningún problema de momento la cesión del 50%, porque con el otro 50%, de momento, la demanda les da suficiente para obtener un beneficio normal. La vivienda protegida ya se hará cuando sea. Si el módulo, que además depende de factores muy diversos (no es lo mismo Madrid que Valencia, no es lo mismo Barcelona que Zaragoza, no es lo mismo Zaragoza que Ávila), se queda por debajo de lo que el mercado (en este caso el promotor), considera suficiente para adquirir una vivienda, el resultado solamente puede ser uno de estos dos, se quiera o no.

a) Que no se hagan viviendas de protección oficial, porque no se puede obligar, por muchos mecanismos que se quieran establecer a construir sin rentabilidad.

b) Que una parte importante del precio se pague en dinero "B", cosa que ocurre y ha ocurrido en muchas comunidades ¿Cuál es la diferencia que se paga en dinero opaco al fisco? Pues la diferencia es la que el promotor considera que el mercado paga. Y ¿por qué los adquirentes cometen esa ilegalidad? Porque, no obstante, siguen haciendo un buen negocio, ya que les está subvencionando algo que en el mercado vale mucho más. Siguen ganando, aún pagando el porcentaje de dinero "negro". Si ambas partes salen ganando, por mucha ley que queramos establecer, el pacto ilegal prevalecerá.

Por lo demás, cualquier comunidad autónoma (Madrid, Cataluña, Comunidad Valenciana), puede establecer criterios fijos desde la ley. Resulta sin embargo que dentro de cada comunidad autónoma, cada municipio tiene una realidad distinta; nos podemos encontrar con efectos distorsionadores, es decir, que en vez de conseguir lo que pretendamos, consigamos lo contrario. ¿Por qué? Porque resulta que hay municipios en los que es perfectamente posible hacer no el 90, sino el 100% de protección oficial. Hay municipios, por ejemplo en la Comunidad Valenciana, donde lo que se compra es vivienda de protección oficial, porque el módulo

da suficiente para obtener una rentabilidad económica y porque las características de las viviendas (noventa metros hoy es una vivienda no pequeña), son absorbidas perfectamente por el mercado. El promotor gana, hablo de una transacción pura. Sin embargo, en la misma comunidad autónoma hay otros municipios donde eso no funciona. Entonces yo, si se me permite el consejo, derivado no de una reflexión profunda, sino de cierta experiencia en estas cuestiones, creo que el establecimiento de topes generales, el establecimiento de condiciones restrictivas muy generales, puede, en muchos casos, conducir a resultados en las antípodas de lo que pretendemos. Creo que el legislador administrativo debe ser un legislador cauto, un legislador que sopesa previamente. Es decir, la ingeniería social está bien para la reflexión de los sociólogos, pero no es muy adecuada para las leyes. Desde luego, insisto, la experiencia de la Comunidad de Madrid, donde ya digo que fue el Partido Popular, con esta vieja tendencia que tienen algunos políticos de decir "yo soy más progresista todavía", el que estableció la reserva del 50% destinado a vivienda de protección oficial; el resultado ha sido espectacularmente desastroso, por las condiciones del mercado. Quizás si hubiésemos tenido otras condiciones del mercado, hubieran cambiado las circunstancias.

Termino diciendo que yo creo que sería bueno que si el Estado y las comunidades autónomas se avienen a dialogar sobre el suelo, sobre el mercado del suelo, en ese diálogo estuvieran los dos vectores siguientes: el vector de la legislación urbanística del mercado del suelo y el vector de las viviendas de protección oficial.

Hay que ponerse de acuerdo en qué es lo que queremos subvencionar. Es decir, ¿realmente queremos subvencionar la adquisición de vivienda bajando el precio de la vivienda a personas que a lo mejor podrían alquilarla, o queremos destinar la política de VPO a los verdaderamente necesitados? Tal vez si se reformara el mercado de alquileres en España y se reformara la legislación procesal civil, que es uno de los grandes obstáculos para que los arrendamientos funcionen, en algunas partes tendríamos que hacer menos viviendas de protección oficial y podríamos allegar esos recursos para otras necesidades públicas. Es un ejemplo. Creo, que deberíamos reflexionar, y termino señalando la siguiente circunstancia. Creo que somos el único país que tiene esta legislación tan singular. En España el arrendamiento público de viviendas no funciona porque las administraciones públicas son incapaces de hacer cumplir los contratos a los arrendatarios. Me remito, ya que estoy en Barcelona, a los problemas suscitados por el arrendamiento de las viviendas procedentes de las Olimpiadas, donde ha habido un debate social enorme sobre esa cuestión. Me remito también al caso de las viviendas militares, donde fue complicadísimo y al final el Estado tuvo que venderles a muchos mili-

tares la vivienda por debajo de precio. Es decir, los contribuyentes españoles vendimos a otro contribuyente español una cosa que valía equis por menos de la mitad. Y sobre estas cuestiones, es decir sobre la realidad sociológica, es de la que deberíamos partir. Pero, trasladar la técnica de la VPO tal como viene de la legislación franquista, sin tener en cuenta que estamos en el año 2004, que el país es un país con una capacidad de riqueza mucho mayor de la que antes tenía, me parece que es quizá orientar mal las políticas públicas y, en algún caso, permítanme que lo diga, malgastar el dinero de los contribuyentes. ■

La gestión de servicios públicos mediante una sociedad de capital íntegramente público y mediante una sociedad mixta*

Francisco Sosa Wagner

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Facultad de Derecho de la Universidad de León*

1. Gestión mediante una sociedad de capital íntegramente público.

1.1. La remisión al Derecho privado. 1.2. Formas societarias. 1.3. Creación. 1.4. Los estatutos. 1.5. Estructura orgánica. 1.6. El problema de la aportación de bienes de dominio público. 1.7. Las previsiones de gastos e ingresos. 1.8. Transformación, fusión, disolución, liquidación y escisión.

2. La gestión directa y el empleo de los recursos propios.

2.1. Carácter de las relaciones. 2.2. Los términos del Derecho positivo. 2.3. Los pronunciamientos jurisprudenciales.

3. La sociedad mixta.

3.1. Las formas societarias y las peculiaridades de régimen jurídico. 3.1.1. Remisión al Derecho privado. 3.1.2. Especialidades en el régimen jurídico privado. 3.2. Formas sociales. 3.3. Vías para participar en una sociedad mercantil. 3.4. La concesión como aportación. 3.5. Posibles privilegios de la entidad como socio y algunas singularidades. 3.6. Especialidades orgánicas. 3.7. Los programas de actuación, inversiones y financiación. 3.8. Transformación, fusión, disolución, régimen de liquidación y escisión.

*Texto de la conferencia impartida en la sesión de 12 de noviembre de 2004 del Seminario de Derecho Local promovido por la Federación de Municipios de Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona, la Diputación de Barcelona, la Escuela

de Administración Pública de Cataluña y el Área Metropolitana de Barcelona-Mancomunidad de Municipios.

1. Gestión mediante una sociedad de capital íntegramente público

1.1. La remisión al Derecho privado

Esta modalidad de gestión exige la creación de una sociedad con financiación y predominio exclusivo de la Administración pública, pero dotada formalmente de autonomía patrimonial y fundacional, y sujeta al Derecho peculiar de las sociedades mercantiles de capital. Son sociedades de único socio, admitidas desde antiguo por la legislación mercantil en el caso de las sociedades participadas por administraciones públicas [o de entes públicos dependientes de las mismas, artículo 85.2.d)] y ahora ya con carácter general por el artículo 14 de la LSA, de donde ha desaparecido la mención a los tres fundadores. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 de la LSRL, se considera sociedad unipersonal la constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica, y también a la constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. El carácter unipersonal puede ser de esta forma originario o sobrevenido.

La claridad expositiva exige precisar las normas por las que se rigen este tipo de sociedades, contempladas desde la perspectiva del ordenamiento local. A tal efecto, puede decirse que las fuentes de su regulación hay que buscarlas en: a) los preceptos de la LB [versión de 2003: artículos 85.2.d) y 85 ter]; b) los preceptos del TR (especialmente, su artículo 103.1; el punto 2 ha quedado desplazado por la legislación mercantil); c) los del Reglamento de servicios, aunque debe anotarse la derogación implícita del artículo 93 por el párrafo tercero del nuevo artículo 85 ter; d) las reglamentaciones propias de cada servicio, y e) las leyes mercantiles y, en especial, las relativas a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (Real decreto legislativo de 22 de diciembre de 1989 y Ley de 23 de marzo de 1995). Según el artículo 311 de la LSA, será de aplicación a la sociedad anónima unipersonal lo dispuesto en los artículos 125 a 129 de la LSRL y, por otro lado, la disposición adicional quinta de la LSRL excluye la aplicación de algunas previsiones contenidas en esos preceptos a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada cuyo capital sea propiedad del Estado, comunidades autónomas o corporaciones locales, o de organismos o entidades de ellos dependientes. A todo ello debe añadirse que puede ser de aplicación a tales sociedades la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación (artículo 85 ter, párrafo primero).

Iremos viendo a lo largo de las páginas subsiguientes estas singularidades, pero anotemos de entrada que la manera cómo las leyes, para aclarar el régimen jurídico de una determinada persona jurídica, han remitido tra-

dicionalmente (y aún hoy) al Derecho público o al privado, así globalmente considerados, es ya claramente insuficiente o, si se prefiere, incorrecta, padeciendo con ello la seguridad jurídica, un valor constitucional de primer orden (artículo 9. 3 de la Constitución) que obliga, evitando engañosas remisiones genéricas, a disparar con mejor puntería. Así lo hizo la disposición adicional duodécima de la LOFAGE (Ley 6/1997), que, en relación con las sociedades mercantiles estatales, completó su llamada al ordenamiento jurídico privado salvando en todo caso la aplicación a las mismas de la normativa pública de contratación, presupuestaria, contable y financiera. Una misma organización (un mismo sujeto de derecho) puede desempeñar una "misión" de servicio público junto a otras propias del mercado y ambas son sometidas a un tratamiento contable diferenciado que tiene enormes consecuencias, pues se proyecta sobre el régimen jurídico, público o privado, de sus actividades. Se imponen los matices porque hoy día en el mundo del Derecho y de su aplicación diaria, tal como ocurre en la contemplación de los cuadros surrealistas, lo que se ve de lejos no siempre coincide con lo que se advierte de cerca.

Veamos ahora el problema singular que plantea la relación entre estas sociedades y la Ley de contratos de las administraciones públicas. De acuerdo con lo previsto en su artículo 154.2, las disposiciones del título referido al contrato de gestión de servicios públicos (el segundo del libro segundo) no son aplicables en el caso de creación de una sociedad en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma. Esta exclusión responde al hecho de que, si bien es verdad que al crearse la sociedad se está dando origen a una nueva persona jurídica y se cumple con ello el requisito indispensable para contratar, a saber, el de la existencia de dos personas distintas, es bien cierto asimismo que no tendría sentido la aplicación de reglas como las que se refieren a actuaciones preparatorias, formas de adjudicación o extinción (objeto de los artículos 159 y siguientes), porque la Administración, al recurrir a la creación de una persona jurídica (y esto vale tanto para la pública como para la privada), *no está contratando sino ejerciendo su potestad de organización de los servicios públicos*, que es una de las que definen con mayor nitidez el especial estatus de las administraciones públicas.

En cuanto a las reglas de contratación, se recordará que la tesis mantenida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1973 según la cual el contrato entre una sociedad anónima municipal y un particular para la ejecución de unas obras de urbanización tendría carácter administrativo recibió justamente la crítica de la doctrina porque ello suponía desconocer que la esencia del contrato administrativo radica en las modulaciones que la presencia de una administración

pública incorpora a la relación contractual y porque, además, la generalización de tal tesis supondría lisa y llanamente acabar con la utilización del Derecho privado por las administraciones públicas. Ahora bien, con ser esto cierto, es decir, que los contratos de estas sociedades no son contratos administrativos sino privados, regidos en cuanto a las reglas de fondo por tal ordenamiento, es preciso recordar hoy que, de acuerdo con los criterios que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo está imponiendo, estas sociedades difícilmente podrán esquivar la aplicación de las directivas comunitarias pues cada vez es más claro que, para los jueces europeos, son auténticos poderes adjudicatarios. En tal sentido, son bien significativas, porque se mueven en esa línea, las sentencias de Luxemburgo de 12 de diciembre de 2002 (C-470/99) y la de 17 de septiembre de 2002 (C-513/99).

Por su parte, la regulación de la responsabilidad administrativa tan sólo ha entrado en juego, en principio y como regla general, cuando se ha tratado de sujetos administrativos que han actuado, respecto a la producción del daño, en una situación propia del Derecho administrativo. Ahora bien, la unificación del régimen jurídico y del jurisdiccional propiciada por las leyes de procedimiento y de la jurisdicción contencioso-administrativa [artículo 144, y artículo 2.e), respectivamente] más la doctrina hecha explícita por el Tribunal Supremo, obligan a matizar. Así, por ejemplo, la Sentencia (de la Sala Primera) del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 se ha atrevido a *levantar el velo* de una sociedad anónima municipal para descubrir detrás a su único socio, un determinado ayuntamiento, y declarar que desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución, se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno a los derechos de los demás o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad o de un ejercicio antisocial de su derecho. Ello no significa que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe, cuál sea la auténtica y constitutiva personalidad social y económica de la misma, el sustra-

to real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad *ex contractu* o aquiliana.

El personal de estas sociedades es de estatuto laboral y las tarifas, en fin, tienen el carácter de precio o merced sometido a las prescripciones civiles o mercantiles (artículo 155.2 del RS), aunque existen componentes públicos que, en su momento, veremos.

La corporación se reserva, en todo caso, el control de la empresa por la vía del nombramiento de los administradores y por el instrumento que proporciona la censura de cuentas, ya que es obligatoria la formación de una cuenta general en la que deben incluirse las de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad de las mismas (artículo 200 y siguientes de la LHL, que contendrán balance de situación, cuenta de explotación, cuadro de financiación anual y otras cuentas de resultados del ejercicio, párrafo tercero del mismo precepto). Esta cuenta se rinde ante la entidad local y se tramitará en la forma que determina el artículo 212 de la LHL: informe de la comisión especial de cuentas, exposición al público y examen de las alegaciones presentadas, aprobación por el Pleno y remisión al Tribunal de Cuentas.

Rige, asimismo, el control financiero y de eficacia a que se refieren los artículos 220 y 221 de la LHL y, por último, el control interno efectuado por la propia empresa de acuerdo con las reglas de verificación contable contenidas en los artículos 203 y siguientes de la LSA y destinadas a examinar los resultados del ejercicio (pérdidas o beneficios), conocer la situación patrimonial de la empresa y, en la medida en que la junta, o sea el Pleno, conoce de todos los documentos que integran las cuentas (a saber, balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria), puede formular un juicio sobre la gestión empresarial, ya que el artículo 95 de la LSA atribuye a la Junta General Ordinaria la competencia para aprobar las cuentas del ejercicio, así como la censura de la gestión social.

Otro instrumento de control que debe quedar aquí apuntado es el de la responsabilidad de los administradores tal como en la actualidad viene definida por los artículos 133 y siguientes de la LSA y al que se hará referencia más adelante.

1.2. Formas societarias

La entidad local puede elegir entre la forma de sociedad anónima o la de responsabilidad limitada, expresamente admitida esta última en la legislación local desde el RS (artículo 89). Conviene tener presente, a la vista de una realidad cada vez más compleja, que sociedades íntegramente públicas son también aquellas cuyo capital social es propiedad de varias entidades públicas (varios ayuntamientos, un ayuntamiento y una diputación, o

ayuntamientos más mancomunidades o área metropolitana), participando estas sociedades por ello de los caracteres de las que ahora son objeto de atención, pero también de las que más adelante nos ocuparán, a saber, las sociedades mixtas. Son sociedades íntegramente públicas, pero no unipersonales (en tal sentido, artículo 38 de la Ley andaluza de 27 de julio de 1993 y artículo 197 de la Ley gallega de 22 de julio de 1997). A los efectos que aquí interesan, creo que tales sociedades se benefician en parte del régimen aplicable a las íntegramente públicas, como ha visto con claridad y exactitud la Ley canaria de 6 de julio de 2001.

Esta complejidad que a menudo se da en la composición del capital social de las empresas tiene una explicación bien clara al ser el resultado de una realidad que tenemos ante nuestros ojos, a saber, la existencia de administraciones públicas muy variadas, según el modelo querido por nuestro ordenamiento constitucional, que atribuye a las distintas esferas públicas diferente grado de responsabilidad y de competencias, lo que ha puesto en pie un reparto de atribuciones de extraordinaria delicadeza.

Es decir, que, en estos casos, la integración del capital social no es sino un reflejo de la complejidad del reparto del poder entre los entes de naturaleza política o las asociaciones entre ellos creadas y, a su vez, de la forma en que esos poderes buscan fórmulas de personificación diferenciadas o, si se prefiere, centros de imputación autónomos de sus cometidos, una tendencia ésta a la que difícilmente se le puede poner término si se tiene en cuenta la complejidad técnica de algunas operaciones (urbanísticas, previsión de infraestructuras, planificación de servicios constantemente renovados, etc.) en que han de embarcarse las administraciones modernas.

Es precisamente la necesidad de dotar de la indispensable coherencia interna a toda esta proliferación de centros de poder y de personas jurídicas lo que ha dado lugar a otorgar un papel central a la *coordinación*, sin duda uno de los grandes desafíos para las administraciones y su cortejo de entes instrumentales. Una de esas formas de la deseable coordinación es precisamente la creación de estas sociedades anónimas que permiten, gracias a la integración plural de su capital social, *coordinar*, es decir, aunar intereses en juego, evitar duplicidades y por ello ahorrar, completar perspectivas diferentes e integrarlas en diseños comunes, servir en suma de crisol donde se funden esfuerzos de muy variado origen y naturaleza. Esfuerzos que son, a su vez, responsabilidades públicas bien definidas.

Todo ello, por cierto, nos permite contemplar el espectáculo de la vieja sociedad anónima que muta, que transforma y renueva su intimidad, dispuesta a afrontar un nuevo capítulo de su historia fecunda. Obsérvese

que, de acuerdo con el panorama trazado, la vieja sociedad íntegramente pública ya sólo en contadas ocasiones podrá pertenecer a una sola Administración por la sencilla razón de que esa propietaria única antigua, ella misma, ha vivido un proceso en virtud del cual se ha descompuesto, formando una constelación de sujetos, unos territoriales y con singularidad política, otros de carácter asociativo, técnico o instrumental. Siguen siendo públicas, íntegramente públicas, pero la composición de su capital social ha de reflejar necesariamente esa compleja –y nueva– realidad. La sencilla dicotomía de las soluciones de hace medio siglo se ha desvanecido. Sin que por ello tenga que padecer necesariamente la seguridad del tráfico jurídico.

1.3. Creación

Este tipo de sociedades es de fundación simultánea (única fórmula para las de responsabilidad limitada), con la corporación local (o un ente público de la misma) como único socio fundador [artículos 14.2 de la LSA y 12.2.a) de la LSRL] o sucesiva en el caso antes señalado. También es posible la adquisición por la entidad local de las acciones o participaciones de una sociedad ya constituida con anterioridad, que puede hacerse por vías jurídico-privadas pero también por la vía expropiatoria (artículos 98 y 99 del TR), aplicándose en tal supuesto los preceptos de la LEF.

La corporación interesada (o el ente público) es la propietaria exclusiva del capital de la empresa y no podrá transferirlo ni destinarlo a otras finalidades (artículo 89.2 del RS), aunque en este tipo de sociedades (cuando en efecto son unipersonales) pierde su sentido estricto la acción como instrumento de división del capital social que permite captar recursos de los socios. El capital, que no podrá ser inferior a sesenta mil cien euros, habrá de estar determinado y desembolsado por el ente público desde el momento de su constitución (artículo 89.3 del RS) en los términos que hoy autoriza el artículo 12 de la LSA (en una cuarta parte, por lo menos, que incorpora al Derecho español el artículo 9 de la segunda Directiva societaria del Consejo 77/91 CEE; totalmente desembolsado en la LSRL, artículo 4). Deberá la cifra mínima (tres mil cinco euros en las de responsabilidad limitada) de respetarse durante toda la vida de la sociedad, de manera que el acuerdo de reducción por debajo de ella sólo puede adoptarse si simultáneamente se acuerda el aumento o transformación de la sociedad (artículo 169.1 de la LSA), siendo la reducción por debajo del mínimo legal causa de disolución (artículo 260.5 de la LSA).

La responsabilidad de la corporación se reduce estrictamente al capital que se aporta, pues, según la legislación mercantil citada, los socios no responderán personalmente de las deudas sociales (artículos 1 de la LSA y de la LSRL).

Si quiere alterarse el estatus de la empresa, es posible, no obstante, la transmisión de acciones, de acuerdo con el procedimiento que haya llevado a su creación (principio del *contrarius actus* y previsiones contenidas en los artículos 95 y siguientes del RS que admite la alteración de esta forma de gestión).

Es obligatoria la escritura pública (en la escritura de constitución, dice el artículo 103 del TR, implícitamente en el 89.1 del RS y explícitamente en los artículos 7 de la LSA y 11 de la LSRL), cuyo contenido será el previsto en el artículo 8 de la LSA (y 12 de la LSRL).

1.4. Los estatutos

Constituyen la norma primordial y básica que regula la vida interna de la sociedad. Determinan la competencia de cada uno de sus órganos, es decir, de la junta general, del consejo de administración y la gerencia y, además, la forma de designación y el funcionamiento de los dos últimos [artículos 90 y 91 del RS, 9, apartados h), e) y también i) de la LSA y 13 de la LSRL]. Contendrán, asimismo, de acuerdo con las leyes mercantiles, la denominación de la entidad, el capital, su objeto y duración, el domicilio central y el número de acciones, así como las posibles restricciones a su libre transmisibilidad. En principio, en este tipo de sociedades no tienen cabida las previsiones de la LSA referidas al régimen de prestaciones accesorias [apartado l) del citado artículo 9] y derechos especiales que puedan reservarse los fundadores o promotores de la sociedad [párrafo m)].

La aprobación de los estatutos corresponde al Pleno de la corporación, en sus funciones de junta general, según se desprende de lo previsto en los artículos 22.2.f) de la LB y 50.21 y 70.22 del ROF (que utilizan, por cierto, la poco afortunada expresión de *expedientes de municipalización y provincialización*). No es necesaria la mayoría absoluta del número legal de miembros del artículo 47.2 de la LB por referirse éste a las formas concretas de gestión del servicio que es decisión anterior a la que aquí nos ocupa, como lo es igualmente la decisión de ejercer de forma monopolística una actividad económica, tal como ya nos consta. Igualmente corresponde al Pleno, como junta general, la modificación, cuando proceda, de los estatutos, de acuerdo con las previsiones propias de las sociedades mercantiles [artículo 144 de la LSA y 44.1.d) de la LSRL].

1.5. Estructura orgánica

La junta general, órgano soberano para el accionista único (en la LSA) o socio –igualmente único– en la LSRL, ha sido siempre el Pleno de la corporación, aunque el derecho al voto de los corporativos se regulaba y modulaba en la escritura social, pues el artículo 103.1 del TR (que se refiere exclusivamente a los casos en que el ser-

vicio o actividad se gestione *directamente* en forma de empresa privada y, por tanto, cabalmente al supuesto que está siendo objeto de estudio) permite determinar quiénes tienen derecho a emitir voto representando al capital social. El RCS –anticipándose a lo que ahora establece el artículo 85 ter, párrafo tercero, de la LB– puntualiza que los estatutos podrán prever que la junta general tenga una composición inferior a la del Pleno de la corporación, y en este caso determinarán el número de sus miembros y la ponderación del voto en función de los grupos políticos que la integren (artículo 220.3). Si esto es así, es importante tener en cuenta que, con la reforma introducida, la junta de una sociedad anónima puede no coincidir con el Pleno del ayuntamiento, lo que tiene trascendencia siempre, pero sobre todo cuando se trata de grupos de sociedades, pues, en tal caso, la creación de sucesivas empresas filiales podría contribuir a erosionar aún más el poder del Pleno (más adelante se analizan con un poco de detenimiento los problemas de tales grupos).

Las competencias de la junta no vienen enumeradas en la Ley de sociedades anónimas, limitándose el artículo 93.1 de la LSA a decir que los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría *en los asuntos propios de la competencia de la junta*.

Ha de respetar, asimismo, las funciones de administración y representación que corresponden al consejo de administración (artículo 129 de la LSA y artículo 62.1 de la LSRL). Es decir, la junta, en principio, no puede realizar directamente y por sí misma tales funciones, aunque es posible que se reserve facultades específicas sobre materias determinadas. Para las sociedades limitadas se permite de forma expresa –de acuerdo con el carácter *personalista* de este tipo de sociedad– ampliar, vía estatutos, las competencias de la junta [artículo 44.1.h) de la LSRL], admitiéndose, además, la facultad de la junta para dar instrucciones a los administradores o para someter a autorización de la propia junta determinados acuerdos (artículo 44.2 de la LSRL).

Los acuerdos de la junta no son actos administrativos. Por ello, la Sentencia (de la Sala 10) del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990 incurre en el error de declararse incompetente en un procedimiento de impugnación de un acuerdo adoptado por una corporación municipal que actuaba como junta general de una sociedad de titularidad íntegra del ayuntamiento con el argumento de que el referido acuerdo (referido a la aprobación del balance, cuenta de explotación y memoria anuales de la explotación del servicio de recogida de basuras) tiene el indudable carácter de acto administrativo. Con razón ha reaccionado contra esta forma de razonar J. Nicolás Martí, quien recuerda que los acuerdos de la junta se someten al Derecho mercantil: constan en el acta de la junta y no en el libro previsto en los

artículos 109 y siguientes del ROF; si afectan a cuestiones relacionadas con la publicidad registral, habrán de ser inscritos en el Registro Mercantil; en fin, sus cuentas se depositarán asimismo en el citado registro.

No son de aplicación, por consiguiente, las técnicas de impugnación de acuerdos de los artículos 65 y siguientes de la LB ni el deber de información en los términos del artículo 56 de la LB por las razones expuestas, reforzadas por el hecho de referirse estos preceptos expresamente a las *entidades locales* y no, por consiguiente, a sus organizaciones instrumentales. Sin embargo, sí es posible usar el derecho de información contenido en los artículos 112 de la LSA y 51 de la LSRL, así como el de impugnación de acuerdos de la junta de conformidad con los instrumentos que ofrece la legislación mercantil, correspondiendo la legitimación para ello a las personas aludidas en el artículo 117, que diferencia entre acuerdos nulos y anulables.

El consejo de administración, forma de órgano necesario (al contrario de lo que ocurre, por cierto, en la legislación mercantil), es nombrado por la junta general. El artículo 93.3 del RS limitaba el número de corporativos que podían formar parte del mismo hasta un máximo del tercio del propio consejo, pero esta previsión ha de entenderse derogada por el contenido del artículo 85 ter (párrafo tercero) de la LB antes citado, que remite tal cuestión a los estatutos.

La duración en el cargo está sólo limitada por la duración del propio cargo de concejal o diputado provincial, por la concurrencia de causas de incapacidad o incompatibilidad o, en fin, por alguna otra causa de las previstas en el artículo 9 del ROF.

El consejo tiene plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil, sin perjuicio de las que se reservaren a la corporación como junta general y al gerente (artículo 94 del RS).

A los administradores les resulta de aplicación el régimen de responsabilidad, ciertamente severo, que parte de las ideas de ordenado empresario y representante legal del artículo 127 de la LSA para arribar al contenido del artículo 133 de la LSA (69 de la LSRL).

Rige la regla de la solidaridad, respondiendo incluso el ausente y el que se abstiene en la votación, de manera que, para liberarse de incurrir en responsabilidad, el administrador habrá de demostrar que desconocía la existencia del acuerdo o, conociéndolo, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o que se opuso expresamente a su adopción.

Los nombramientos deben ser inscritos en el Registro, por aplicación de lo previsto en la legislación mercantil (artículos 125 de la LSA y 57 y siguientes de la LSRL), de la misma forma que es de aplicación a los administradores la obligación de prestar garantías o

relevarlos, en su caso, de esta prestación (artículo 123 de la LSA).

En cuanto a las retribuciones, son fijadas por la junta general. Cuando el cargo de administrador recaer en concejales o diputados provinciales, éstos sólo pueden cobrar por participar en el consejo si no disfrutaban del régimen de dedicación exclusiva, pues su percepción es incompatible con la de cualquier otra retribución con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes (artículo 75.1 de la LB).

El gerente, cuando exista, ostentará las atribuciones que los estatutos señalen, aunque según el artículo 94 del RS tendrá, compartidas con el consejo de administración, facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa. Podrá ser un funcionario, si así se establece en los estatutos, o contratado laboral de acuerdo con los artículos 103 y siguientes de la LB y 177 del TR. En la legislación catalana, por el contrario, el gerente y el resto del personal tendrán con la sociedad una vinculación laboral y no adquirirán en ningún caso la condición de funcionario (artículo 222.2 y 255.2 del Reglamento de Aragón), pero su selección se regirá por los principios de igualdad, publicidad, capacidad y mérito.

1.6. El problema de la aportación de bienes de dominio público

La aportación es la prestación que hace el socio para conseguir el fin que se persigue con la creación de la sociedad y la determinación de su objeto social. Se trata de un acto traslativo aunque no necesariamente de dominio o de enajenación, porque toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo (artículo 36.2 de la LSA). La ley distingue entre aportaciones dinerarias y aportaciones no dinerarias (artículos 36 y siguientes de la LSA), siendo las primeras las más evidentes y las que menos problemas plantean. Las no dinerarias suscitan la cuestión clave de su valoración y por eso se exige que habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el registrador mercantil (artículo 38.1 y 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil). Habrá de garantizarse que el valor de lo que se aporta cubra al menos la parte correspondiente del capital, más la prima en su caso. Tales aportaciones pueden ser objeto de aplazamiento con el límite de cinco años (artículo 40.2 de la LSA, 134 y 135 del Reglamento del Registro Mercantil y RDGRN de 5 de marzo de 1991). En cualquier caso, este asunto de las aportaciones y de sus valoraciones tiene poco interés en términos generales en las sociedades unipersonales, pero sí cobra importancia en las sociedades íntegramente públicas a las que antes he hecho

referencia que no son unipersonales por pertenecer su capital social a varias entidades públicas y, por supuesto, en las sociedades mixtas que estudiaré más adelante.

Por su parte, el artículo 39 de la LSA enumera algunos supuestos concretos de aportaciones no dinerarias, como es el caso de los bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, aplicándoles a grandes rasgos el régimen jurídico de la compraventa; cuando se trata de un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor; cuando de una empresa o establecimiento, quedará el aportante obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectase a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación [procediendo asimismo] el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial (artículo 39.3 de la LSA).

Ha sido práctica registral frecuente la inscripción de sociedades municipales con un capital social constituido por la transferencia de bienes a las mismas de dominio público. Sin embargo, una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985 planteó con crudeza la irregularidad de este tipo de operaciones al decir (con no muy afortunada redacción) que es claro que no es posible legalmente realizar aportaciones sociales con bienes de dominio público, pues ello se opone tanto el que el régimen del dominio público repele que pueda pasar su titularidad a una sociedad mercantil, como el que el régimen de la sociedad mercantil repele que el capital social pueda ser cubierto, en todo o en parte, con bienes de dominio público.

En la práctica, ocurre que muchos estatutos de este tipo de sociedades que necesitan bienes de dominio público precisan que tales bienes, necesarios para el cumplimiento de sus fines, les son adscritos por las administraciones titulares de los mismos, conservando su calificación jurídica originaria y correspondiendo tan sólo a la sociedad su utilización, administración, explotación y conservación.

Así pues, el título jurídico de aportación puede ser la adscripción, esto es, la vinculación o asignación del uso y disfrute a la prestación del servicio público, sin que se altere en consecuencia la titularidad y la calificación demanial. La ventaja de la adscripción deriva de ser ésta un derecho real administrativo con amplio margen para su discrecional configuración administrativa y, además, es inscribible en el Registro (artículo 7 del Reglamento hipotecario). Pero también podrá acudir la entidad local a la constitución de otros derechos reales tradicionales, que suponen la disociación de la titularidad de los bienes y su uso, como es el caso de los derechos reales de usufructo, uso, disfrute o aprovechamiento, aunque, en estos casos, el régimen jurídico será el determinado

por el Código civil y, por tanto, con menores posibilidades de establecer respecto de ellos especialidades o limitaciones.

Aunque las leyes de las sociedades de capital establecen la presunción de que las aportaciones se realizan a título de propiedad, no excluye que se hagan también a título de uso (toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, *salvo que expresamente se estipule de otro modo*, artículos 36.2 de la LSA y 18.2 de la LSRL).

1.7. Las previsiones de gastos e ingresos

Su aprobación corresponde a la junta general y se integran en el presupuesto general de la entidad local [artículo 164.1.c) de la LHL] como simples previsiones, por lo que no tienen el carácter limitativo que es propio de los presupuestos de gastos (en el Estado o en las entidades locales), sino que cumplen el fin de ofrecer una valoración inicial de conjunto y rendir cuenta, al final del ejercicio, de la liquidación del presupuesto.

1.8. Transformación, fusión, disolución, liquidación y escisión

Las modalidades previstas en la legislación de sociedades anónimas son, en términos generales, aplicables a las sociedades que están siendo objeto de estudio. Los artículos 95 y siguientes del RS, que se refieren a la transformación y extinción de las municipalizaciones y provincializaciones, serían de aplicación únicamente a los supuestos de efectiva ejecución en régimen de monopolio de servicios declarados reservados.

Hoy, la legislación mercantil contempla las siguientes posibilidades.

La transformación que supone el abandono de una concreta forma social y la adopción de otra; es posible siempre que se descarten aquellas formas societarias que no pueden ser utilizadas en los casos de sociedades de único socio. El acuerdo de transformación debe adoptarse en junta general (artículos 224 y siguientes de la LSA y 87 y siguientes de la LSRL), publicarse por tres veces en el *Boletín del Registro Mercantil* y en periódicos de gran circulación, otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro.

La fusión (que no puede ser un procedimiento para imponer un monopolio sin la tramitación a la que obliga el último párrafo del artículo 86 de la LB) constituye un mecanismo por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa disolución de todas las sociedades que se fusionan (fusión propia o por creación de una sociedad nueva, artículos 233.1 de la LSA y 94 de la LSRL) o previa disolución de todas menos una, que absorbería a las restantes (fusión por absorción, artículos 233.2 de la LSA y 94 de la LSRL). Cualquiera de estas modalidades exige:

la disolución de una, de varias o de todas las sociedades que pretendan fusionarse; transmisión en bloque de los patrimonios activo y pasivo de las sociedades disueltas en unidad de acto a la sociedad de nueva creación o a la absorbente (que habría de proceder a aumentar su cifra de capital social); en fin, las acciones de las sociedades fusionadas desaparecen creándose unas nuevas (en el caso de fusión por creación) o la sociedad absorbente (en el caso de fusión por absorción) emite unas nuevas acciones que representen el nuevo capital social sin que puedan plantearse los problemas que suscita el canje de acciones y que trata de resolver el artículo 247 de la LSA. Otra cosa es la absorción de una sociedad íntegramente participada que está prevista en el artículo 250 de la LSA. El supuesto es interesante, pues puede presentarse en la esfera local cuando la corporación (o el ente público dependiente de la misma) sea titular del cien por cien de las acciones de una sociedad, a su vez titular del cien por cien de las acciones de otra (sociedad participada). En este caso, el precepto citado de la LSA admite un tipo de fusión abreviado en el cual no es necesario el aumento del capital de la sociedad absorbente, puesto que al formar parte de su patrimonio el capital de la absorbida, resulta innecesario el aumento.

Puede proceder igualmente la disolución (artículos 260 de la LSA, 104 de la LSRL y 98 del RS):

a) Por transcurso del término de duración (casos expresamente previstos en los actos constituyentes en la terminología del RS sin que debieran ser de aplicación los plazos del artículo 157 de la LC, en rigor pensados para las concesiones administrativas).

b) Por terminación del objeto de la sociedad (a menos que éste se amplíe o se sustituya).

c) Por imposibilidad de realizar el objeto social (imposibilidad material de realizar el fin previsto, según el RS) o la paralización de los órganos sociales.

d) Por pérdidas. En este punto existen discrepancias aparentes entre la legislación mercantil y el RS. En la primera, se exige que las pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social; en el RS, a su tercera parte; en la legislación mercantil, la disolución puede evitarse reintegrando el patrimonio o reduciendo el capital, mientras que en el RS esta causa de disolución se formula de manera taxativa, lo que en la práctica conculcan numerosos estatutos de empresas municipales que suelen prever que, en el caso de pérdidas, no se producirá la disolución si el ayuntamiento hace las aportaciones necesarias para la reintegración del capital social. Esta antinomia ha sido resuelta por el TR, cuyo artículo 103.2 recoge el criterio de la reducción del patrimonio a una cantidad inferior a la *mitad del capital social*. Aunque, al final, será la corporación la que resolverá sobre la continuidad y forma de prestación del servicio.

e) Por los procedimientos de fusión o absorción.

f) Por acuerdo de la junta general o de la *corporación* interesada, en los términos del artículo 98.6 del RS.

g) Por la quiebra (hoy concurso) de la sociedad. Este supuesto opera *ipso iure* en el caso de lo que el RS sigue llamando *municipalizaciones* o *provincializaciones*, mientras que en la legislación mercantil, que será la generalmente aplicable, la declaración de concurso no constituirá por sí sola causa de disolución pero, si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación, la sociedad quedará automáticamente disuelta (artículo 260 de la LSA, nueva redacción de la Ley concursal).

h) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal.

Una vez disuelta la sociedad, entra en fase de liquidación, que comprende los actos conducentes al pago total o parcial de las deudas sin que proceda el reparto del sobrante del patrimonio social a que se refiere el artículo 277.2.2 de la LSA (y 119 de la LSRL). A partir de este momento es cuando los liquidadores deben otorgar la escritura pública de extinción de la sociedad e inscribirse en el Registro (artículos 121 de la LSRL y 247 del Reglamento del Registro Mercantil) donde se cancelan los asientos registrales de la sociedad.

Está prevista, asimismo, la escisión, que puede ser: a) total, cuando se trata de la extinción de una sociedad anónima con división de todo su patrimonio en dos o más partes cada una de las cuales se traspa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, o b) parcial, cuando se produce la simple segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes (artículos 252 y siguientes de la LSA y 94 de la LSRL).

Por último, debe anotarse que la reforma de la legislación local de 2003 ha incorporado una larga disposición adicional (la duodécima) que lleva por título *reordenación de las sociedades mercantiles* (análogas previsiones pueden verse para las sociedades estatales en el artículo 168 de la Ley del patrimonio de las administraciones públicas 33/2003). ¿Qué se pretende con ella? Ya sabemos que la ley permite que estas sociedades mercantiles dependan de un ente público de la corporación, y asimismo pueden pasar sus acciones a la propiedad de una entidad pública empresarial. Pues bien, lo que nos aclara esta adicional es: a) que, en tal caso, tal acuerdo lo adopta el Pleno, según entiendo por mayoría simple, y a él seguirán las pertinentes obligaciones acreditativas y contables; b) que tales cambios de titularidad, mera transferencia y reordenación de participaciones societarias, en ningún caso podrá ser entendida como causa de modificación o de resolución de las relaciones jurídicas que mantengan tales sociedades; c) que todo ello está exento de tributación, y d) que los aranceles de

notarios y registradores se reducen en tales casos en un noventa por ciento.

Previsiones todas ellas sensatas sobre las que volveré al hablar de las sociedades mixtas.

2. La gestión directa y el empleo de los recursos propios

2.1. Carácter de las relaciones

A mi juicio, las sociedades públicas o las otras formas de personificación son simples opciones de organización y el reconocimiento de una personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales, pero en modo alguno pueden ostentar la consideración de *terceros* respecto de esa misma Administración. En esta razón es preciso detenerse para subrayar que estas organizaciones públicas están incardinadas en el tejido mismo administrativo al formar parte del propio dispositivo organizativo público. Tienen reconocida una personalidad jurídica, cierto, pero, como sabemos desde antiguo, para acomodarse mejor al fin del que sólo son un instrumento o medio. El reconocimiento de una personalidad jurídica independiente es tan sólo una herramienta que ni significa ni puede implicar la desvinculación de la organización empresarial de la entidad pública de que trae causa. Estamos sólo y exclusivamente ante una forma de organización más. De ahí, que se deban considerar estas entidades, a tales efectos, como *algo propio* de la corporación en cuanto Administración.

Si esas organizaciones están vinculadas directamente a las competencias municipales o gestionan servicios públicos, algunos de modo obligatorio, ¿cómo se puede imponer al ente local que se someta a la legislación de contratos y promueva una concurrencia de ofertas, cuando cuenta en la organización pública con entidades pensadas precisamente para ejercer esa competencia o prestar ese determinado servicio? Si la corporación local, en cuanto Administración pública, dispone de instrumentos apropiados, ¿qué razones existen para restringir o limitar la relación entre ella y las propias criaturas organizativas de carácter público?

Y es que mal parada saldría la eficacia administrativa (un principio constitucional, artículo 103, conviene recordarlo) si se exigiera que, para la realización de determinados proyectos, un ayuntamiento, por ejemplo, debiera promover un concurso público cuando tiene los instrumentos pertinentes para llevarlos a cabo.

Adviértase que, cuando se regula el contrato de concesión de obras públicas (Ley de 23 de mayo de 2003), se obliga a los concesionarios a someter los contratos que, a su vez, celebre con un tercero a las pertinentes reglas de publicidad pero, a renglón seguido, se advierte que *no se considerarán terceros* aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión *ni las empre-*

sas vinculadas a ellas (artículo 237.2). Entendiendo por empresa vinculada aquellas en las que el concesionario pueda ejercer directa o indirectamente una influencia dominante o aquellas que puedan ejercerla sobre él o que, del mismo modo que el concesionario, estén sometidas a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas que la regulen (artículo 234.1). Tal influencia dominante se presume cuando una empresa, directa o indirectamente, con relación a otra: a) esté en posesión de la mayoría del capital suscrito; b) disponga de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o c) pueda designar más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o control de la empresa (artículo 234. 2). En tales casos, el empresario concesionario queda liberado de someter sus contratos al mandato de publicidad. ¿Por qué, entonces, lo que la ley permite a los concesionarios de obras públicas se lo va a negar a las administraciones públicas propiamente dichas? ¿Qué razón existe para ello?

2.2. Los términos del Derecho positivo

Pues bien, porque la argumentación hasta ahora desplegada tiene sólidos fundamentos, es por lo que la LC admite que la ejecución de los contratos de obras y de suministros, así como los de consultoría, asistencia y servicios sea llevada a cabo por la propia Administración. Estamos ante lo que la legislación clásica de contratos y de obras públicas (la que en parte viene del siglo XIX) llamaba *ejecución de obras o suministros por administración*, figura contrapuesta a la sazón a la de por contrata y a la llamada *por empresa*.

El actual artículo 152 de la LC (no básico, disposición final primera) dispone que “la ejecución de obras por la Administración podrá verificarse por los propios servicios de la misma a través de sus medios personales o reales [...] cuando [...] la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales, suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada, en cuyo caso deberá *normalmente* utilizarse este sistema de ejecución” (la cursiva es, lógicamente, mía). También cuando la Administración posea elementos auxiliares utilizables en la obra y cuyo empleo obtenga una economía superior al cinco por ciento del importe del presupuesto de aquélla o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.

Del mismo modo, la Administración no necesita contratar sino que puede limitarse a utilizar sus propios medios para la fabricación de bienes muebles siempre que concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente

aptos para la realización del suministro, caso éste en que deberá *normalmente* utilizarse este sistema de ejecución.

b) Que la Administración disponga de elementos personales y materiales utilizables para la realización del suministro y cuyo empleo suponga una economía superior al presupuesto del mismo o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose en este caso las ventajas que se sigan de la misma (artículo 194, no básico, disposición final primera).

Por eso puede y debe sostenerse que, cuando la ley habla de fábricas o arsenales, etc., se está refiriendo a organizaciones que pueden estar perfectamente personificadas, organismos autónomos de carácter comercial o industrial (en cuyo caso valdría asimismo la figura del artículo 15 de la Ley 30/1992) o sociedades mercantiles públicas, casos éstos en los que las distintas administraciones públicas, sin necesidad de recurrir a procedimiento licitatorio alguno, encargan a una de estas personas jurídicas la fabricación de bienes muebles de interés para la Administración. A mi juicio, esta opción es perfectamente lógica si recordamos que en estos casos, como ya ha quedado indicado, no se traba relación alguna con *terceros* ya que, vuelvo a insistir, estas personificaciones instrumentales *son simples opciones de organización* (formas de *gestión directa* en la dicción del artículo 85.3 de la LB). En suma, *algo propio* de la Administración.

Cuando hay arsenales, fábricas, servicios industriales o técnicos ya montados, la Administración ha de acudir a ellos *normalmente* para hacer obras o adquirir bienes y cuando, aun sin contar con estas organizaciones, es decir, con el empleo de sus propios elementos personales y materiales, se ahorre el erario el veinte por ciento del presupuesto previsto o se alcance mayor celeridad en la ejecución, bastará con que se motive el acuerdo destinado a optar por esta modalidad de ejecución.

Si de estos contratos nos vamos, por último, a los de consultoría, asistencia y servicios, advertiremos que el legislador, a la hora de regular las actuaciones administrativas preparatorias de estos contratos, obliga a incorporar al expediente de contratación un informe del servicio correspondiente en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no-ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato (artículo 202.1 de la LC, básico prácticamente en su totalidad, disposición final primera). Es decir, que, si cuenta con suficientes medios, la Administración habrá de recurrir a ellos, bajo la amenaza de incurrir en caso contrario en las causas de invalidez de los contratos reguladas en los artículos 61 y siguientes de la LC y muy especialmente en los efectos contemplados en el artículo 65.

Estos son los términos del Derecho español. La actual

Directiva de contratos (31 de marzo de 2004) se mueve en esta dirección, y así el artículo 18 señala que la presente directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios –concepto de grandísima amplitud según el anexo II– adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador o a una agrupación de poderes adjudicadores sobre la base de un derecho exclusivo del que gocen éstos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado.

2.3. Los pronunciamientos jurisprudenciales

¿Qué es lo que nos han dicho sobre este asunto los tribunales de justicia? Las primeras aproximaciones europeas proceden de las conclusiones que formula en algunos juicios el abogado general. Así, el 10 de noviembre de 1998 (BHI Holding BV c. G.Arnheim e G Rheden, C-306/96, La Pergola, y en RI. SAN contro Comune di Ischia, 9 de septiembre de 1999, C-108/98, Alber). Ischia Ambiente era una sociedad anónima cuyo capital social pertenecía en un cincuenta y uno por ciento al municipio de Ischia. El cuarenta y nueve por ciento restante era propiedad de GEPI, otra sociedad anónima propiedad íntegra del Estado italiano. A esta sociedad se le atribuyó sin concurrencia la gestión de la recogida de residuos y el abogado Alber consideró a la vista de estos datos que la distinción entre el municipio de Ischia y el Estado italiano era demasiado formalista pues se trataba de una falsa sociedad mixta, ya que el socio privado no era sino una sociedad de financiamiento precisamente destinada a constituir con los municipios sociedades para ayudar a la prestación de servicios sin llegar a jugar nunca un papel especial de gestión.

En los dos casos, para los abogados generales la clave estaba en el vínculo de dependencia: financiera, por un lado, y administrativa, por otro. El vínculo financiero era considerado elemento necesario pero no suficiente para apreciar la existencia de un servicio *in house*. Más importante era la vinculación administrativa, la unión orgánica, que hacía perder a la empresa la condición de tercero. Tanto en uno como en otro caso citado el hecho de advertir una dependencia que era financiera, organizativa y de gestión constituyeron elementos suficientes para defender la exclusión de la aplicación de la directiva correspondiente. El juez de Luxemburgo siguió la argumentación de los abogados generales.

Después viene la causa Teckal (Comune de Aviano, 18 de noviembre de 1999, C-107/98). En él aparecen las famosas palabras del abogado general Cosmas: cuando se demuestra la existencia de un fuerte control de parte de la Administración adjudicadora en relación con el ente adjudicatario, análogo al ejercido sobre los propios servicios, que hace que en realidad los dos sujetos sean

una sola persona, entonces se excluiría el régimen de la directiva. Porque sólo en estos casos puede hablarse de una especie de prolongación de la autoridad administrativa (una suerte de *longa manus*) que lógicamente no existe cuando el servicio aparece como un tercero situado en el mismo plano que otros operadores.

Ahora bien, dijo la sentencia (punto 50), tiene que realizar la parte esencial de la propia actividad con la Administración adjudicadora. El Tribunal no dice que la empresa dependiente tenga que actuar exclusivamente en beneficio de la Administración que la controla, es decir, puede actuar accesoriamente para otras personas. Dicho de otra forma, la agencia constituida por una agrupación de municipios para ejercer las funciones que ellos le confían puede ejercer actividades a favor de municipios, particulares u organismos públicos que no formen parte de esa agrupación. Ello no impediría que actuase *en lo esencial* en provecho de las colectividades que la controlan (*ibídem*).

En el asunto de la Sentencia Arge (7 de diciembre de 2000, C-94/99, Gewässerschutz), se afrontaron varias cuestiones (las del contrato doméstico y la de las ayudas públicas) en el marco de un litigio entre ARGE Gewässerschutz y el ministerio alemán federal de Agricultura y Montes, entidad adjudicadora, sobre la participación de licitadores semipúblicos en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de servicios (toma de muestras y análisis de las aguas de una serie de lagos y ríos austriacos). Según el abogado general Léger (15 de junio), las prestaciones calificadas *in house* –término con el cual se definen las prestaciones suministradas a una autoridad pública por sus propios servicios aunque estos se hallen orgánicamente diferenciados– escapan de la esfera de aplicación de las directivas. El control, de acuerdo con este abogado general, ha de ser efectivo, la dependencia, estructural. Arge era una sociedad con un capital social, el 49,5% en manos privadas. Y, con todo, el abogado general no descarta por ese simple hecho la admisibilidad de un contrato doméstico, *in house*, sino que entiende con prudencia que, en tal caso, hay que analizar si el poder adjudicador ostenta un poder determinante en la sociedad. Ello exige un análisis que no es necesario cuando el capital es cien por cien público, porque entonces hay una presunción clara de estrecha dependencia. Dependencia formal, dependencia económica, dependencia administrativa y destinatario de los servicios serían los elementos determinantes para advertir la presencia de un contrato doméstico, según la sentencia misma.

La Sentencia (12 de julio de 2000), en cuanto a la contratación doméstica, se remite a la Sentencia Teckal, y realiza consideraciones acerca de las subvenciones que no son de este lugar.

En la jurisprudencia española, es clásica la Sentencia

del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1988, que analizó la municipalización de obras y creación de un servicio municipal de construcciones en Alcobendas (Madrid).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 6 de mayo de 1997 llega a parecidas conclusiones al resolver la cuestión suscitada por la aprobación de un convenio entre el Consell Metropolità de la entidad Serveis Hidràulics i Tractament de Residus de Barcelona y la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, la Entidad Metropolitana del Transporte, el Consell Comarcal del Barcelonès y con todos los socios fundadores de Barcelona Regional, Agència Metropolitana de Desenvolupament Urbanístic i d'Infraestructures SA para la colaboración y asistencia técnica en la realización de estudios y análisis de impacto, especialmente en relación con las propuestas de ordenación de los ámbitos del Llobregat, el Besòs y los entornos de las rondas. El tribunal resuelve señalando que:

“[...] la cuestión que se debate se contrae a decidir si el convenio es un contrato de asistencia técnica suscrito por diversas administraciones públicas que ha vulnerado el régimen jurídico de los mismos o, por el contrario, se trata de una simple gestión de servicios públicos en forma directa autorizada [por la legislación de régimen local]. La gestión de servicios puede llevarse de forma indirecta o por medio de empresas o de forma directa, es decir, por los propios medios administrativos, incluyendo entre estos los entes instrumentales. La entidad mercantil Barcelona Regional, Agència Metropolitana de Desenvolupament Urbanístic i d'Infraestructures SA se constituyó por otras sociedades dependientes de los entes locales con la exclusiva finalidad de desarrollar infraestructuras y sistemas que afecten a los ámbitos de las administraciones interesadas en la gestión de determinados servicios conforme autoriza [la legislación catalana] prestando de forma directa la gestión de los referidos servicios contenidos en su objeto social, con evidente utilidad pública, como sociedad instrumental de la Administración matriz, por lo que ejerciendo sus actividades dentro de un estricto convenio de colaboración admitido por la ley no son de aplicación las normas destinadas a surtir efectos a un contrato de prestación de servicios, o de gestión de servicios públicos, realizado de forma indirecta, que contiene un régimen jurídico y formas diferentes a la gestión directa a que se contrae el convenio impugnado.”

Trascendental es la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2003 referida a un convenio de colaboración y asistencia técnica entre administraciones locales y sociedades gestoras de servicios públicos en Cataluña. De ella se extraen, brevemente resumidas, las siguientes observaciones:

–Los convenios no son exactamente contratos sino

negocios bilaterales formalizados entre las administraciones locales y sociedades gestoras de determinados servicios que tienen atribuidos por las administraciones que las han creado.

—Por tanto, no se trata de un contrato de servicios, sino de la gestión directa de un servicio ex artículo 85 de la Ley de régimen local.

—La legislación aplicable no es, pues, la de contratos porque la sociedad con la que se convino es una sociedad instrumental de la Administración matriz.

—El convenio responde a las necesidades de la cooperación interadministrativa y por ello se incardina dentro de la potestad organizativa de las entidades locales y de sus formas de cooperación y asistencia para la consecución del interés público.

Naturalmente, el recurso a estos contratos domésticos tiene límites bien claros que deben respetarse porque las entidades locales son muy desiguales, siendo evidente que nada tienen que ver los grandes ayuntamientos españoles con los de las pequeñas capitales de provincia o los pueblos. Se impone, por ello, observar, en el campo de sus posibles prestaciones económicas o de servicios, que siempre implican la puesta en pie de medios instrumentales complejos, principios básicos. Así, el de la proporcionalidad, que hoy tiene carácter general en el Derecho europeo, y que reclama:

—Por un lado, la adecuación entre la envergadura de esas organizaciones instrumentales y las posibilidades de prestación del ayuntamiento mismo y sus previsibles necesidades, todo ello de acuerdo con su importancia.

—Por otro, la entidad de los medios propios, personales y materiales, de que dispone la Administración, medios que han de ser suficientes pues la simple utilización de sociedades públicas pantalla constituiría, además de una infracción de la proporcionalidad, un auténtico fraude de ley.

Es también un límite apreciable el control y la erradicación de prácticas restrictivas de la competencia que no encuentren amparo legal (en los términos establecidos por el artículo 2.1 de la Ley de defensa de la competencia), una regla ésta en la que también se hace hincapié en Alemania, donde se prohíbe el abuso del monopolio y de cualquier práctica de acuerdos colusorios protagonizados por los municipios (así, en casi todas las leyes municipales de los *Länder*).

En fin, deben excluirse las sociedades de economía mixta y aquellos entes institucionales que compitan abiertamente en el mercado con empresas privadas.

Dicho lo anterior, quiero señalar que estamos ante un asunto abierto, un asunto —de dimensión técnica pero también política— sobre el que se va a hablar y escribir mucho en los próximos años, y acerca del cual es imposible aventurar en estos momentos soluciones definitivas y, mucho menos, radicales. El debate, pues, continuará.

3. La sociedad mixta

3.1. Las formas societarias y las peculiaridades de régimen jurídico

3.1.1. Remisión al Derecho privado

Prevista en el artículo 156, letra d), de la LC, se trata de sociedades mercantiles cuyo capital social sólo parcialmente pertenece a una entidad local. Cuentan con amplia tradición en nuestra práctica local, en la que ha sido habitual el recurso a este instrumento del Derecho privado.

Hay en la regulación de estas sociedades, como en las íntegramente públicas antes estudiadas, una remisión genérica al Derecho privado que es justamente lo que justifica la elección de esta alternativa. El Tribunal Supremo explica en su Sentencia de 24 de marzo de 1987 que “las empresas mixtas constituidas en forma de sociedad mercantil son entidades sometidas en su constitución, organización y funcionamiento interno al Derecho mercantil, sin perjuicio de escasas normas particulares de carácter administrativo, en las que las corporaciones participan en concepto de socios con los derechos que como a tales les reconocen los estatutos y la legislación mercantil pero sin que dentro de cada sociedad tengan facultades exorbitantes derivadas de sus potestades públicas porque esas empresas mixtas actúan en la prestación del servicio de manera análoga a la de un particular”. Por su parte, la Sentencia del mismo Tribunal de 29 de diciembre de 1987 desautoriza la imposición de sanciones por una empresa mixta, pues “no puede encomendarse a una empresa de esta naturaleza el ejercicio de competencias irrenunciables de la Administración”.

Con todo, la referencia al Derecho privado hay que entenderla matizada por algo que ya sabemos: y es que a estas sociedades les son de aplicación normas que son estrictamente jurídico-públicas, alojadas en concreto en la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de eficacia, así como de contratación (artículo 85 ter, párrafo primero, de la LB). Tales excepciones, bien extensas, permiten insistir en la peligrosa inexactitud que implican las remisiones genéricas, algo que ya ha sido destacado con anterioridad. A lo escrito entonces me remito.

3.1.2. Especialidades en el régimen jurídico privado

Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, el ordenamiento jurídico-administrativo contiene algunas singularidades y, en tal sentido, el artículo 104.2 del TR permite que, en el acuerdo constitutivo de la sociedad, puedan establecerse excepciones a la aplicación de la legislación societaria. Este precepto es de especial importancia y permite a la entidad incluir en el acuerdo constitutivo de una sociedad “las especialidades internas tanto estructu-

rales como funcionales [...] que exceptúen la legislación societaria aplicable [...]. Esto es, podrán introducirse reglas distintas a las contenidas en las leyes societarias con relación a los órganos de la sociedad (por ejemplo, sobre la configuración de la junta o de otros órganos de gestión o de control) así como de carácter funcional (necesidad de evacuar informes por los funcionarios locales, fiscalización de gastos por el interventor municipal, determinados quórums para la adopción de acuerdos, el posible veto de la corporación [...]).”

Una libertad esta que merece ser realzada y puesta en conexión con la posibilidad permitida por la legislación societaria privada de incluir en la escritura aquellos pactos y condiciones que los socios juzguen convenientes siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios informadores de tales sociedades (artículos 10 de la LSA y 12.3 de la LSRL). Esta circunstancia, que se debe al carácter en buena parte dispositivo de la regulación legal, permite que en los estatutos se concreten los pactos que se tengan por más convenientes, tal por ejemplo ocurriría cuando se quisieran establecer prestaciones accesorias o crear participaciones con desigualdad de derechos. Lo mismo cuando se desee reforzar requisitos legalmente previstos como mínimos (fortalecer, por ejemplo, el principio mayoritario) o complementar las previsiones de la ley en el sentido de incorporar causas específicas de separación y exclusión de socios o de disolución de la sociedad. Incluso pueden acogerse reglas diferentes a las legales (cuando tengan lógicamente carácter supletorio, así por ejemplo artículos 29.2 o 50 de la LSRL). Es decir, que los estatutos, por medio de su adecuada redacción, podrán acoger la imaginación de los creadores de la sociedad para adecuarla a sus específicos intereses y designios. Más aún: es frecuente que haya acuerdos que no se recogen ni en la escritura ni en los estatutos; así, por ejemplo, pactos de adquisición preferente en caso de transmisión de acciones, opciones de compra o de venta de acciones, convenios sobre el ejercicio del derecho al voto, compromiso de no adoptar determinados acuerdos sociales o al menos de no hacerlo sin el consentimiento de un socio determinado, acuerdo sobre nombramientos de administradores. Se les llama *pactos reservados* o *parasociales* destinados a tratar de eliminar o prever tensiones o conflictos en el funcionamiento de la sociedad y a sustraer de la publicidad registral (que sí ilumina a los estatutos) determinadas reglas, bien de organización, bien de funcionamiento que no interese divulgar ni que sean conocidas por terceros. En todo caso, los mismos no serán oponibles a la sociedad (artículo 7.1 de la LSA), por lo que se trata de meros contratos que obligan a las partes, pero no a las personas ajenas a ellos (regla *res inter alios acta non nocet*), incluida la sociedad que, en su condición de tercero, no se ve en términos jurídicos afectada por tales acuerdos debiendo ajustar su proceder en todo

caso al contenido de la ley y de los estatutos (así, por ejemplo, un acuerdo contrario a los pactos secretos sería válido pero el socio incumplidor responderá ante los demás socios contratantes).

Acaso por la flexibilidad de funcionamiento de estas sociedades, acaso también porque, ya un poco de vuelta de las doradas promesas de las privatizaciones, se advierte en ellas la fórmula ideal para que caminen de la mano los capitales públicos y privados, lo cierto es que la proliferación de sociedades mixtas en nuestros días es un acontecimiento bien visible. Se dan en casi todos los sectores e incluso son la fórmula elegida para reconstruir viejas concesiones caducadas de servicios públicos.

3.2. Formas sociales

La primera cuestión que se plantea en relación con la utilización de la sociedad mercantil sólo parcialmente en manos públicas es la de precisar cuáles son las formas sociales que el ordenamiento permite, cuestión que ya abordé en relación con las sociedades de capital íntegramente público. No hay duda alguna en el caso de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (que permite la legislación catalana, artículo 282.2 del RCS, 301.2 del Reglamento de Aragón, artículo 216 de la Ley riojana, 302 de la gallega...).

Otro es el problema que han suscitado las sociedades cooperativas que fueron admitidas de manera explícita como formas de gestión en la legislación local en la LB (asimismo en la legislación catalana, artículo 295 del RCS, 315 del Reglamento de Aragón, 217 de la Ley riojana, 100 de la madrileña...). La Ley general de cooperativas de 16 de julio de 1999, sin embargo, no tiene muy presente a las entidades locales en su articulado, aunque admite como socios tanto a las personas físicas como a las jurídicas, públicas o privadas (artículo 12.1 de la ley), y hay una referencia explícita a las personas jurídico-públicas como posibles socios de la cooperativa (extremo en el que se insiste en alguna de sus modalidades, tal las de viviendas, artículo 89, las de explotación comunitaria de la tierra, artículo 95), salvo, como es lógico, aquellas pensadas exclusivamente para personas físicas, caso de las de trabajo asociado, o de las educacionales. Con tales limitaciones, puede una entidad local crear *ex novo* una cooperativa, adquirir participaciones de una ya existente o, en fin, celebrar un convenio con cooperativa única asimismo existente, supuestos estos dos últimos que exigirán normalmente la modificación de los estatutos sociales, salvo el caso de que se hubieran creado tales cooperativas con la idea de dar entrada posterior a la Administración y ya se hubiese tenido en cuenta este dato a la hora de redactar sus respectivos estatutos.

El problema se plantea ahora porque la referencia que se hacía a las cooperativas en la legislación local des-

de 1985 ha desaparecido por el reenvío contenido en el artículo 85.2.b) (en su redacción de 2003) a la legislación de contratos donde no se alude a ellas. Entiendo, sin embargo, que por el carácter abierto de la lista de formas de gestión de los servicios locales, ninguna dificultad existe para aceptarlas siempre que ello se haga en los términos autorizados por su normativa específica.

3.3. Vías para participar en una sociedad mercantil

Analizadas las formas societarias, procede en este momento explicar las vías o caminos de que la entidad local dispone para participar en una sociedad mercantil.

En primer lugar, es posible la creación de una sociedad mixta mediante la adquisición por la entidad local de acciones o participaciones de una sociedad ya existente, a través del acuerdo con los titulares de acciones o participaciones sociales o, en su caso, mediante la compra del paquete de acciones en Bolsa. La competencia para decidir la ostenta el Pleno ex artículo 22.1.f), que adoptará el acuerdo con la mayoría absoluta del número legal de miembros prevista en el artículo 47.2 de la LB cuando se trate de una operación cuya cuantía exceda del diez por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto [apartado g) del citado precepto].

Junto a la adquisición en Bolsa, cabe igualmente la expropiación de acciones, cuando la creación de estas empresas esté ligada a un proceso publicador. En el caso del convenio o acuerdo con los titulares de acciones o participaciones, es justamente en él donde deben regularse las peculiaridades que en la vida de la sociedad sea necesario introducir como consecuencia de la presencia en ella de la entidad local. Si tal acuerdo no existe o hay en él lagunas, es preciso estar a lo dispuesto en el artículo 105 del RS, según el cual seguirán en vigor sus estatutos si ello es posible aun cuando la junta general podrá modificarlos para adaptarlos a lo previsto en el propio RS.

En segundo lugar, puede crearse una sociedad mixta mediante la participación en la fundación de la sociedad de la corporación local junto a otros sujetos privados. Evidentemente, la sociedad, si es de responsabilidad limitada, sólo puede constituirse mediante una fundación simultánea –un único acto integrador de las voluntades de los fundadores–, por lo que a esta modalidad societaria no le es de aplicación el mecanismo de la fundación sucesiva propio de la anónima.

Una referencia sí es conveniente hacer a la transmisión de acciones que se realiza a través de las formas propias del ordenamiento privado, normalmente la tradición o entrega de los títulos (artículo 545 del Código de comercio), con las singularidades propias, en su caso, de las acciones nominativas (artículos 55 y 58 de la LSA). En el ámbito local, cuando de resultados de estas transmisiones exista alteración de la forma de gestión,

habrán de adoptarse los acuerdos mencionados *supra*. También es lícito imponer las restricciones a la libre transmisibilidad que permite el artículo 63 de la LSA (reservadas hoy ya claramente a las acciones nominativas por el citado precepto que erradica así la viciosa práctica tradicional de acciones al portador con cláusulas restrictivas de su libre transmisibilidad). Estas restricciones vienen determinadas en los estatutos aunque existen básicamente dos modalidades: una consiste en las llamadas *cláusulas de consentimiento o autorización*, que hacen depender la validez de la transmisión de la aprobación de la sociedad (que, a su vez, interviene con las cautelas contenidas en el artículo 63.3 de la LSA); la segunda, hace referencia a las cláusulas de adquisición preferente o tanteo que atribuyen a los demás socios, a la propia sociedad o, en su caso, a terceros derechos en orden a adquirir de forma prioritaria aquellas acciones que pretendan transmitirse por algún accionista. Estas cláusulas han de ser precisas, pues han de determinar las personas, el plazo y sobre todo el sistema para fijar el precio de adquisición (precio previsto en la operación proyectada o valor que resulte de aplicación de los criterios previamente fijados en los estatutos, que en ningún caso pueden impedir al transmitente obtener el valor real de las acciones, artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil). Por su parte, los negocios sobre las propias acciones se rigen por lo dispuesto en los artículos 74 y siguientes de la LSA. Naturalmente, todo esto vale para las sociedades anónimas, pues las de responsabilidad limitada tienen un régimen distinto de transmisión de las participaciones sociales por el hecho básico de que en estas sociedades, aun respondiendo al modelo capitalista, las cualidades personales de los socios adquieren en el sistema legal una especial importancia (artículos 29 y siguientes de la LSRL; para la adquisición de las propias participaciones, artículos 39 y siguientes del mismo texto legal).

Se permite tanto la aportación dineraria como *in natura* por parte del ente local (artículos 104.2 del TR y 109.1 del RS), siempre que el bien aportado sea valorable, convertible en dinero y susceptible de ser llevado al balance.

En los casos de aportación de bienes patrimoniales se impone el expediente de enajenación sin necesidad de subasta.

3.4. La concesión como aportación

Otro problema suscitan los artículos 104.3 del TR y 109.1 del RS cuando emplean la expresión *concesión* como posible aportación al capital social. El precepto del TR dice que las entidades locales podrán aportar exclusivamente la concesión, debidamente valorada, y el del RS, por su parte, precisa que en la escritura fundacional deberá fijarse el valor de la aportación, incluido el de la

concesión. Los mercantilistas no han visto dificultad alguna a esta singular forma de aportación al capital social. A mi juicio, la expresión *concesión* utilizada aquí por el legislador no tiene nada que ver con el modo de gestión sino con el traspaso de la competencia exclusiva que la Administración posee para entender en determinada actividad, a la facultad de utilizar la vía pública, al monopolio en su caso, en una palabra, al conjunto de potestades que emanan de la esencia del poder político.

Bien claramente lo dice hoy el artículo 182 del RC cuando señala que a la sociedad de economía mixta corresponderán los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos, con lo que se da por supuesta la diferencia entre ambas figuras.

3.5. Posibles privilegios de la entidad como socio y algunas singularidades

La corporación (o el ente público de ella dependiente) como accionista ostenta los derechos propios de éste, que básicamente (y sin perjuicio de otros que figuran a lo largo de los preceptos de la LSA) son los de participar en las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación, suscribir con carácter preferente en la emisión de nuevas acciones y obligaciones convertibles, asistir y votar en las juntas generales, impugnar los acuerdos sociales y recibir información (artículo 48.2). Parecidos derechos existen respecto de la participación en las sociedades de responsabilidad limitada, sólo que, al no existir un catálogo, es preciso ir descubriéndolos mediante la lectura de la ley: participar en las ganancias sociales (artículo 85), asunción preferente de nuevas participaciones en los aumentos de capital (artículo 75), asistencia a las juntas generales (artículo 49), examen de contabilidad (artículo 86), etcétera.

La corporación puede ostentar una situación privilegiada en la sociedad reservándose derechos propios de los fundadores o promotores por medio de las llamadas *cédulas o bonos de fundador*. También puede disponer de acciones privilegiadas que le atribuyan un mayor dividendo tal como prevean los estatutos que deben determinar su alcance y contenido dentro de los márgenes legales (artículo 50.3 de la LSA).

Cuando las acciones privilegiadas se creen en el momento de la fundación, los estatutos señalarán las distintas clases con exacta expresión de los derechos de cada una de ellas [artículo 9, letra g), de la LSA]. Si tales acciones se crean en un momento posterior habrán de cumplirse las formalidades del citado artículo 50 existiendo al efecto dos caminos: emitir nuevas acciones, fruto de un aumento del capital, o transformar las acciones ordinarias en privilegiadas (o preferentes), lo que se entiende incluido en los supuestos de modificación a que se refiere el artículo 148 de la LSA (precepto este de aplicación general siempre que se trate de la creación de acciones preferentes).

En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, las participaciones atribuyen a los socios los mismos derechos, con las excepciones expresamente establecidas en la presente ley (artículo 5.1 de la LSRL). Caben, pues, pactos estatutarios que modifiquen la regla de la igualdad en relación con el ejercicio de tres derechos: los de voto, participación en las ganancias y participación en el resultado de la liquidación. Es posible, pues, la existencia de participaciones con diferente número de votos (voto plural) o participaciones con voto plural indirecto (por ejemplo, atribuyendo a un grupo de socios integrantes de una clase de participaciones de igual número de votos que al resto de las participaciones, otorgamiento de un voto por cabeza cualquiera que sea el número o valor nominal de las participaciones poseídas) o con voto plural limitado (para algunos acuerdos, para un período temporal).

Fuera de estas singularidades, permitidas por la normativa societaria vigente, la entidad local, en su posición de socio, no cuenta con especiales ventajas; sin embargo, tal como hemos visto, el artículo 104.2 del TR admite que puedan establecerse especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria.

3.6. Especialidades orgánicas

En estas sociedades mixtas la representación que ostentan en su junta general los representantes de la entidad local (alcalde o presidente de Diputación o personas en quienes éstos deleguen) responde al régimen de representación legal propio de las personas jurídicas. En cuanto al régimen de adopción de acuerdos, hay que tener en cuenta el artículo 107.1 del RS, según el que en los estatutos de las sociedades mixtas podrá establecerse que determinados acuerdos de los órganos de gobierno y administración de la sociedad deberán ser adoptados por la mayoría de las tres cuartas partes del número estatutario de votos, *siempre que la legislación societaria aplicable a las mismas lo permita*, lo que es el caso pues los quóruns y mayorías legales pueden aumentarse con tal de que no quede desvirtuado el principio mayoritario (artículo 103.3 de la LSA). Por su parte el artículo 85 ter, párrafo tercero, salido de la reforma local de 2003, señala (ya lo hemos visto *supra*) que “los estatutos determinarán [...] la forma de funcionamiento de la junta general y del consejo de administración”. En el régimen general, los acuerdos se adoptan en la anónima, una vez logrados los *quóruns* legalmente requeridos (artículos 102 y 103), por una mayoría de los votos concurrentes a la misma (artículo 93.1 de la LSA) con independencia de la participación accionarial que representen, es decir, se exige el voto favorable, no de la mayoría del capital social, sino de los votos de los asistentes a la junta válidamente constituida. Ahora, los esta-

tutos pueden alterar este esquema exigiendo en determinados supuestos mayorías reforzadas (no rebajadas) que podrían llegar a referirse no al capital presente o representado en la junta sino a porcentajes absolutos del capital social. Ya sabemos que el derecho de voto de cada accionista ha de corresponderse con el valor nominal de la participación que posea (artículo 50.2 de la LSA, que hemos visto), si bien se autoriza a los estatutos a limitar con carácter general el número máximo de votos que pueda emitir un mismo accionista (artículo 105.2 de la LSA). En las sociedades de responsabilidad limitada, la ley exige para la adopción válida de un acuerdo la mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social (artículo 53.1, que impone distintas mayorías para las distintas clases de acuerdos, párrafo segundo del mismo precepto). Por eso, en la LSRL no hay reglas sobre *quorums* pues sólo en el caso de que concurran las adecuadas mayorías de votos podrá la junta tomar acuerdos válidos. Los estatutos, por su parte, pueden incorporar modificaciones a este esquema (en los términos permitidos por el artículo 53.3 y 4 de la LSRL).

El consejo de administración es un órgano cuya existencia deriva de lo previsto en el artículo 108 del RS, donde, sin embargo, no hay una referencia explícita, al contrario de lo que ocurre en las sociedades de capital íntegramente público (artículo 90.2 del RS). Está facultado para realizar aquellas actividades a que obligue el objeto social y que no se hallen reservadas a la junta general.

En cualquier caso, la habitual existencia del consejo de administración plantea algún problema al que conviene hacer referencia. Me refiero fundamentalmente al relativo a si el ente local puede dar instrucciones u órdenes a los consejeros, representantes en la terminología de los artículos 104.3 del TR y 108 del RS. Desde la doctrina mercantilista, se entiende que no pueden existir relaciones directas entre un socio (es decir, en nuestro caso, la entidad local) y el administrador o administradores pues es la junta general la habilitada para dar orientaciones o instrucciones, que son la concreción de los intereses del socio, cuya valoración corresponde, no obstante, a la dirección de la sociedad, ya que una empresa mixta integra otros intereses junto a los generales o públicos perseguidos por el ente público-socio. Creo, no obstante, que esta solución resulta poco realista pues difícilmente se va a impedir que existan este tipo de relaciones directas, como corroboran, para el Estado, los artículos 176 y siguientes de la Ley del patrimonio de las administraciones públicas. Es más, constituye un supuesto de exoneración de la responsabilidad de los administradores cuando actúen diligentemente en la ejecución de las instrucciones recibidas.

Los primeros administradores deben ser designados

al constituirse la sociedad, los nombramientos ulteriores competen a la junta general (artículos 123.1 de la LSA y 58.1 de la LSRL). En la anónima el nombramiento tiene carácter temporal y no puede exceder de cinco años, pero cabe la reelección indefinida (artículo 126). En la de responsabilidad limitada, por el contrario, el nombramiento tiene vigencia indefinida, salvo previsión contraria de los estatutos (artículos 60.1 y 139.4).

La separación es libre (artículos 131 de la LSA y 68 de la LSRL) en las sociedades anónimas y puede estar condicionada a determinadas mayorías en las de responsabilidad limitada (así, artículos 68.2 y 139.5 de la LSRL). Es forzosa la remoción cuando el administrador realiza actividades en competencia con la sociedad o se encuentra en una situación de conflicto de intereses con ella (artículos 132.2 de la LSA y 65 de la LSRL). En cuanto a su retribución, me remito a lo ya expuesto en relación con las sociedades de capital íntegramente público.

Un problema conectado con la configuración orgánica de estas sociedades mixtas es el derivado de la existencia de participaciones sociales en cadena, frecuentes en la práctica. El Reglamento de Aragón acierta a reflejar esta realidad cuando dice (artículo 201) que las sociedades constituidas o participadas por las entidades locales, cuando así lo prevean sus estatutos, podrán fundar y participar en el capital de otras siempre que tengan como objeto social materias conexas, complementarias o accesorias del objeto de la sociedad originaria.

Es éste un asunto que genera ciertas sorpresas en un ordenamiento como el de las sociedades mercantiles pensado para unidades aisladas y que no contempla tal realidad prácticamente más que desde la perspectiva contable al obligar a la consolidación contable (artículos 42 y siguientes del Código de comercio) que pretende que la contabilidad del grupo refleje solamente sus operaciones externas eliminando los efectos y transacciones intragrupo.

3.7. Los programas de actuación, inversiones y financiación

Se incluyen como anexos del presupuesto general de la entidad pública, siempre que la participación de la entidad local sea mayoritaria [artículo 166.1.b) de la LHL, versión de 2004 antes citada]. Las previsiones de estos programas no tienen, como ya quedó indicado, el carácter limitativo propio de los presupuestos de las administraciones públicas. En la actualidad rigen para ellos los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos en la ley de 12 de diciembre de 2001.

El legislador, consciente de las lagunas existentes, ha introducido en la Ley general presupuestaria (de 2003) una disposición adicional (novena) que obliga al Estado a promover la celebración de convenios con las entidades locales, con el objeto de coordinar el régimen pre-

supuestario, financiero, contable y de control de las sociedades mercantiles en las que participen, de forma minoritaria, las entidades que integran el sector público de las entidades locales o los entes a ellas vinculados o dependientes, cuando la participación de los mismos considerada conjuntamente fuera mayoritaria o conllevara su control político. Curiosa forma de solucionar un asunto importante: remitirlo a un instrumento tan inapropiado como es el convenio.

3.8. Transformación, fusión, disolución, régimen de liquidación y escisión

El régimen jurídico de la transformación, así como el de la fusión, han quedado ya expuestos en el capítulo correspondiente a las sociedades íntegramente públicas. Nos consta asimismo la aplicación a estas sociedades de la legislación concursal mercantil, de la que sólo están excluidas las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho público (artículo 1.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio). Únicamente resulta oportuno añadir en este momento que, cuando se trata de servicios públicos gestionados por empresas mixtas en régimen de monopolio, su transformación en el régimen de libre comercio exigirá, además del respeto al procedimiento de los artículos 86 de la LB y 97 del TR, el consentimiento del capital privado de la empresa (artículo 112 del RS).

El capital privado presente en la sociedad debe quedar amortizado (lo que supone la devolución al socio privado, o socios en su caso, de las cantidades aportadas, representadas en el valor nominal de sus títulos, y, si es posible, la plusvalía o renta) durante el período de vigencia de la sociedad, por lo que no existe, en puridad, el llamado *derecho a la cuota de liquidación*.

Procede recordar, en fin, el contenido de la disposición adicional duodécima de la LB al que ya he aludido en el capítulo de las sociedades íntegramente públicas. Sabemos, pues, que los cambios que supongan la constitución de una entidad pública empresarial con la función de dirigir o coordinar a otros entes con naturaleza de sociedad mercantil local, la incorporación, en su caso, de participaciones accionariales de titularidad de la corporación o de un ente público de la misma a la entidad pública empresarial o de ésta a aquélla no están sujetos a la legislación del mercado de valores ni (en el caso de las sociedades mixtas) darán lugar al ejercicio de derechos de tanteo, retracto o cualquier otro derecho de adquisición preferente que estatutaria o contractualmente pudieran ostentar sobre dichas participaciones otros accionistas de las sociedades cuyas participaciones sean transferidas o, en su caso, terceros a esas sociedades. Se trata de cautelas que tratan de eliminar sorpresas y que, en todo caso, están en la línea

conservadora en que se mueve la legislación mercantil cuando aborda (aunque no se trata de supuestos idénticos) los efectos de la transformación de las sociedades (y de la que son ejemplos los artículos 228.1 de la LSA y 91.1 de la LSRL, 229 de la LSA y 88.3 de la LSRL, 232 de la LSA y 92.3 de la LSRL). ■

El requisito de publicación de los planes urbanísticos como condición de validez de las actuaciones administrativas. Tipología de situaciones*

1. Introducción.
2. Crónica de la controversia. Los hitos más destacados de la evolución normativa y jurisprudencial y la posición de la doctrina ante ellos.
 - 2.1. Leyes del suelo de 1956 y 1976. 2.1.1. Las normas. 2.1.2. La jurisprudencia. 2.1.3. La doctrina. 2.2. La Constitución de 1978. 2.2.1. La norma a tomar en consideración. 2.2.2. El alcance que le atribuye el máximo intérprete de la Constitución. 2.3. La Ley de bases del régimen local de 1985. 2.3.1. La norma innovadora del sistema en su redacción originaria. 2.3.2. Los problemas que suscitó la interpretación de esas normas y su solución jurisprudencial. 2.3.2.1. Ámbito de aplicación. 2.3.2.2. Competencia para acordar la publicación de las normas urbanísticas y periódico oficial en que debe hacerse. 2.3.2.3. Cómputo del plazo de *vacatio legis*. *Dies a quo*. 2.3.2.4. Y, ¿qué es lo que hay que publicar? 2.4. Texto refundido de la Ley del suelo de 1992. 2.4.1. Sus preceptos. 2.4.2. La STC número 61/1997, de 20 de marzo. 2.5. La reforma, por la Ley 39/1994, del artículo 70.2 de la LRBRL. 2.5.1. Génesis de la reforma. 2.5.1.1. La proposición de ley. 2.5.1.2. Las enmiendas. 2.5.2. La reforma aprobada. 2.5.3. Breve valoración de la misma. 2.6. Ley 57/2003, de 16 diciembre de 2003, sobre medidas para la modernización del gobierno local. 2.6.1. Lo que confirma. 2.6.1.1. La nueva redacción del artículo 70.2. 2.6.1.2. El carácter básico de la norma. 2.6.2. Previsión tangencial.
3. Tipología de situaciones.
4. Conclusión.

Segundo Menéndez Pérez
Magistrado del Tribunal Supremo.
Sala Tercera. Sección Quinta

*Texto de la conferencia impartida en la sesión de 15 de octubre de 2004 del Seminario de Derecho Local promovido por la Federación de Municipios de Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona, la Diputación de Barcelona, la Escuela

de Administración Pública de Cataluña y el Área Metropolitana de Barcelona-Mancomunidad de Municipios.

1. Introducción

El enunciado de la ponencia que la organización del Seminario de Derecho Local me encomendó alude a una cuestión doctrinalmente controvertida; objeto de preocupación para las administraciones públicas; abordada por el legislador omitiendo, tal vez, una manifestación nítida del significado de la norma establecida; resuelta por los tribunales de justicia sin la fortuna de haber traído la “paz jurídica” y, lo que es más importante, capaz de generar inseguridad jurídica en tanto aquéllas no observen fielmente la jurisprudencia que, al interpretar y aplicar las normas, constituya en cada momento la doctrina reiterada que complementa el ordenamiento jurídico. Ésta podrá, tal vez, no ser la que debiera ser, aunque yo no lo creo así. Pero si lo fuera, el remedio no pasa por la inobservancia y el consiguiente traslado al ciudadano de la incertidumbre sobre la adecuación a Derecho de sus situaciones jurídicas y sobre la pervivencia y el respeto de éstas, sino por promover una decisión del legislador inequívoca, sólo enmendable por quien tiene la exclusiva potestad del control de la constitucionalidad de la leyes. En todo caso, esos rasgos de la cuestión aconsejan, como método adecuado para percibir sus causas y matices y para valorar si se trata, o no, de una cuestión que deba tenerse por zanjada, poner sobre el tapete el discurrir de la controversia y el estado actual del ordenamiento jurídico, compuesto, también, por la jurisprudencia que lo complementa.

2. Crónica de la controversia. Los hitos más destacados de la evolución normativa y jurisprudencial y la posición de la doctrina ante ellos

2.1. Leyes del suelo de 1956 y 1976

2.1.1. Las normas

El artículo 44 de la Ley de 12 de mayo de 1956 y el 56 del Texto refundido de 9 de abril de 1976 (en lo sucesivo, TR 1976) dispusieron, en suma, que los planes *serán inmediatamente ejecutivos, una vez publicada su aprobación definitiva*. Por tanto, conforme a su literalidad, lo exigido para la eficacia del plan no era la publicación en un *Boletín Oficial* del contenido de aquél, ni tan siquiera de aquel o aquellos de sus documentos en que se plasmaran las *normas urbanísticas* o las prescripciones propiamente normativas, y sí, tan sólo, la publicación del acuerdo que decidía su aprobación definitiva. La necesidad, nunca negada, de dar publicidad al contenido del plan, se satisfacía en aquellas leyes (artículos 43 y 55, respectivamente), a través de un mecanismo distinto al de la publicación en un periódico oficial, consistente, por un lado, en la afirmación de que los planes *serán públicos* y, por otro, en el reconocimiento de un doble derecho: uno, cuyo contenido se expresa en los términos de

que cualquier persona podrá en todo momento consultarlos e informarse de los mismos en el ayuntamiento del término a que se refieran; y otro, según el cual todo administrado tendrá derecho a que el ayuntamiento le informe por escrito, en el plazo de un mes a contar de la solicitud, del régimen urbanístico aplicable a una finca o sector.

Tales previsiones quedaron plasmadas reglamentariamente en los artículos 132.1 y 164 y siguientes del Reglamento de planeamiento urbanístico (RPU, en lo sucesivo), aprobado por Real decreto número 2159/1978, de 23 de junio; de los cuales, el primero, deviene aquí de interés, pues su tenor literal (“La aprobación definitiva es el acto del órgano estatal competente en cuya virtud el plan adquiere fuerza ejecutiva, una vez publicada”) resalta el dato que ahora debe retenerse: la fuerza ejecutiva del Plan se adquiere con la publicación del acto que lo aprueba definitivamente (hagamos aquí un paréntesis, para resaltar, también, que del artículo 134 del RPU se deriva la exigencia de que esa publicación lo sea del *texto íntegro del acuerdo de aprobación definitiva*, sin que baste, por tanto, la publicación que meramente dé cuenta de haberse producido aquel acto, o la publicación de un extracto o resumen de ese acuerdo).

En definitiva, la entrada en vigor y ejecutividad de los planes era inmediata desde la publicación de aquel acuerdo, sin periodo alguno de *vacatio legis*, a modo, pues, de una nueva diferencia respecto del régimen general que para la entrada en vigor de las normas establece el artículo 2.1 del Código civil y reiteraban los artículos 29 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 132 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958.

Doble diferencia, doble peculiaridad, que puso de relieve, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de septiembre de 1992, al decir en el párrafo primero de su fundamento de derecho segundo que “El sistema que para la entrada en vigor de los planes urbanísticos venía trazando nuestro ordenamiento jurídico ofrecía una doble peculiaridad, pues por una parte implicaba una publicidad de contenido limitado al recoger sólo el texto del acuerdo de aprobación definitiva –artículos 44 del Texto refundido y 134 del Reglamento de planeamiento–, y por otra producía efectos con carácter inmediato –artículo 56 del Texto refundido–”.

2.1.2. La jurisprudencia

Aquellas normas fueron interpretadas y aplicadas por la jurisprudencia de la época en el sentido que resulta de su tenor literal, tal y como ya indica el tenor del párrafo que acabamos de transcribir. De dicha época basta citar, a los efectos de la crónica que aquí hago, las sentencias de fechas 23 de abril de 1976, cuyo considerando tercero sintetiza como criterio jurisprudencial, que califica de unánime y del que dice que *no es sino aplicación*

literal y directa de aquellos preceptos (que lo eran, en el caso que enjuiciaba, los artículos 35 y 44 de la Ley del suelo de 1956), el siguiente: *es la fecha de la publicación de la aprobación, en el Boletín Oficial del Estado o de la provincia, según corresponda, la que con carácter inmediato determina la ejecutividad de los planes, proyectos, normas u ordenanzas urbanísticas*, y 13 de noviembre de 1978, cuyo considerando tercero se enfrenta a la alegación de *la falta de publicación en el Boletín Oficial del Estado de todos los documentos del plan*, rechazándola con el siguiente razonamiento: *habiéndolo sido el decreto de aprobación debe tenerse por cumplida la exigencia del artículo 35 de la Ley del suelo, como el mismo dice, puesto que la publicidad de las determinaciones concretas de aquél no se prevé mediante su íntegra publicación sino a través del derecho a la información urbanística que establece el artículo 43* (ambos artículos lo son, también, de la Ley de 1956).

2.1.3. La doctrina

Ya antes de que entrara en vigor nuestra Constitución de 1978, una parte de la doctrina, encabezada por profesores de tanto prestigio como D. Eduardo García de Enterría, puso de manifiesto las insuficiencias de aquella realidad normativa. Así, el profesor citado se expresaba de la siguiente forma en el año 1973:¹ “En estas condiciones resulta extraordinariamente grave que el principio de que ‘la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento’ pueda imponerse respecto de unas normas (las que resultan de los planes), que no están publicadas, no ya en la Gaceta, como requiere el Código civil, sino ni siquiera en los boletines provinciales.”

Esta crítica, no unánime por supuesto, arreció en los años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, en los que pueden leerse opiniones como las siguientes:

–“Quizá la conclusión pueda ser criticable, y de hecho lo es, de *lege ferenda*, en cuanto que existirían muchas más garantías para el administrado de procederse a su publicación íntegra en los diarios oficiales.”²

–“[...] la ley no exige, como es la regla general para las normas jurídicas, la publicación íntegra del plan, sino únicamente la de su acuerdo aprobatorio definitivo, con lo que la publicación en este caso representa tan sólo el anuncio de que un plan ha sido aprobado, sin precisar el contenido del mismo. Se arrastra

aquí el sistema tradicional de publicación de las ordenanzas y reglamentos locales (artículo 7.2 del RSCL). Sin embargo, este arrastre histórico es actualmente injustificable, dada la trascendencia que sabemos tiene el plan, al concretar nada menos que el estatuto del derecho de propiedad en el territorio por él ordenado. Las dificultades que desde luego y por razón de la complejidad documental del plan puedan aducirse para intentar justificar este régimen de publicación no son al día de hoy, en que constantemente se insertan en los boletines oficiales normas de contenido técnico (con fórmulas matemáticas y grafismos), de recibo. Ninguna dificultad material plantea en cualquier caso la publicación de la parte documental del plan no gráfica (memoria, normas urbanísticas y ordenanzas, programas de etapas o de actuación y estudio económico-financiero) y la que sí ofrece la de los planos podría reducirse limitando la publicación a los de alcance normativo (planos de ordenación). Cuando menos, podía haberse complementado el peculiar régimen de publicación del planeamiento con una regulación de su publicidad que garantizase suficientemente (lo que no es del todo el caso en la vigente, como veremos) no sólo el fácil acceso al conocimiento de dicho planeamiento, sino –lo que es más importante– la fehaciencia e inalterabilidad de la documentación del mismo, utilizando para ello, por ejemplo, la institución del Registro de la Propiedad.”³

–“[...] desde el punto de vista de la impugnación de los planes, el tema evidentemente adquiere una triste importancia dada la brevedad de los plazos para recurrir: el posible recurrente dentro de plazo (contado desde el día siguiente de la publicación) tendrá que haberse enterado (formalmente, en principio, sólo leyendo el correspondiente número del *Boletín Oficial*) de que el plan se ha aprobado, conseguir informarse del contenido del plan (por medio del ayuntamiento), valorarlo, redactar el recurso y tenerlo presentado. La perspectiva es aún más triste si se advierte cómo en más de una ocasión, cuando se acude al ayuntamiento, en el mismo no obra todavía el plan definitivamente aprobado por la autoridad a que se elevó. ¿Qué hacer? ¿Esperar o recurrir a ciegas?”⁴

–“Este sistema resultaba absolutamente insostenible después de la Constitución, dado que no garantizaba en modo alguno la fehaciencia –en ocasiones para un mismo precepto se han ofrecido como vigentes textos

1. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1973, página 271.

2. J. L. VILLAR EZCURRA, “En torno a la naturaleza jurídica de los planes de urbanismo”, *Revista de Derecho Urbanístico*, número 64, julio-agosto-septiembre de 1979.

3. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho urbanístico*, Editorial Civitas, Madrid, 1981, página 366.

4. J. GONZÁLEZ SALINAS, “Requisitos de la publicación a efectos de iniciar el cómputo del plazo para impugnar planes de urbanismo (aplicabilidad del artículo 79 de la Ley de procedimiento administrativo)”, *Diario La Ley*, 1981, página 760, tomo 3.

diferentes– e inalterabilidad de la documentación del planeamiento”.⁵

2.2. La Constitución de 1978

2.2.1. La norma a tomar en consideración

El artículo 9.3 de la Constitución establece que ésta *garantiza la publicidad de las normas*.

El tenor literal del precepto no hacía, de suyo, inconstitucional el régimen de las leyes de 1956 y 1976 que acabamos de ver, pues no exige la publicación de las normas (ni por tanto, tampoco, de las urbanísticas) en algún periódico oficial, sino su publicidad, dispensable, claro es, a través de mecanismos o medios que pueden, en principio, ser distintos al de esa publicación.

2.2.2. El alcance que le atribuye el máximo intérprete de la Constitución

En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 3/2003, de 16 de enero, que a su vez se remite a la número 179/1989, de 2 de noviembre, puede leerse, en términos similares a los empleados en la número 141/1998, de 29 de junio, lo siguiente: “[...] esta garantía aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo artículo 9.3 de la CE, pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento.”

Parece, pues, que el alcance de aquella garantía constitucional de la publicidad de las normas no va más allá de la exigencia de que sus destinatarios tengan la efectiva oportunidad de conocerlas, *mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido*. Instrumento, éste, que no es, necesaria e ineludiblemente, el de la publicación en un periódico oficial.

Ésta es la interpretación que alcanzo al estudiar la doctrina constitucional sobre este punto. Por un lado, porque es el texto en cursiva antes transcrito el que el Tribunal Constitucional reitera cuándo quiere (o así me parece) definir y precisar con carácter general el significado de aquella garantía. Por otro, porque los añadidos

que pueden verse, tanto en la STC 141/1998 (“Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español no ofrece dudas que la publicidad de las normas y la publicación de las escritas es una exigencia constitucional”), como en la STC 3/2003 (“Principio éste básico del ordenamiento jurídico que implica la exigencia de que las normas sean dadas a conocer públicamente mediante su inclusión en los boletines oficiales correspondientes”), más bien parecen afirmaciones que meramente se deslizan al hilo del concreto supuesto enjuiciado. Y, en fin, porque en el Auto del Tribunal Constitucional número 647/1986, de 23 de julio, se lee que del principio de publicidad de las normas no se *deriva como consecuencia inconclusa la necesidad de publicar in toto las ordenanzas municipales*.

2.3. La Ley de bases del régimen local de 1985

2.3.1. La norma innovadora del sistema en su redacción originaria

Las exigencias derivadas de la Constitución y aquella crítica doctrinal al sistema de las leyes de 1956 y 1976 motivaron que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL, en lo sucesivo), dedicara uno de sus preceptos, el artículo 70.2, al tema que nos ocupa. Ese precepto era, en su redacción originaria y en la parte que aquí nos importa, del siguiente tenor literal: “Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la ley. Las ordenanzas, incluidas las normas de los planes urbanísticos, se publican en el *Boletín Oficial de la Provincia* y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2 [...]”

A su vez, ese artículo 65, a cuyo número 2 se hace la remisión, decía así en su redacción originaria:

“1. Cuando la Administración del Estado o la de las comunidades autónomas considere, en el ámbito de sus respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto o acuerdo.

“2. El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo.

“3. La Administración del Estado o, en su caso, la de la comunidad autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contenciosoadministrativa bien directamente, una vez recibida la comunicación del mismo, o bien una vez transcurrido el plazo señalado en

5. J. DELGADO BARRIO, “La jurisprudencia a la luz del nuevo Texto refundido de la Ley del suelo”, *Cuadernos de Derecho Judicial. Urbanismo II*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993, página 164.

el requerimiento dirigido a la entidad local, si se hubiera optado por hacer uso de la posibilidad contemplada en los dos números anteriores.”

Por tanto, aquel artículo 70.2 de la LRBRL modificaba el sistema de las leyes de 1956 y 1976 en las dos notas distintivas o peculiaridades antes referidas, al introducir dos requisitos de cumplimiento necesario para la entrada en vigor de las normas de los planes urbanísticos, consistentes, uno, en la publicación completa de su texto en el *Boletín Oficial de la Provincia* y, otro, en el transcurso de un plazo de *vacatio legis*, cifrado en quince días hábiles.

2.3.2. Los problemas que suscitó la interpretación de esas normas y su solución jurisprudencial

Sin embargo, esa regulación innovadora suscitó pronto dudas interpretativas, especialmente en cuanto a su ámbito de aplicación, a la competencia para acordar la publicación de las normas urbanísticas y periódico oficial en que debe hacerse, al *dies a quo* del plazo de *vacatio legis* y, en fin, a qué es lo que hay que publicar.

2.3.2.1. Ámbito de aplicación

En efecto, aunque el artículo 70.2 hablaba de *las normas de los planes urbanísticos*, su texto íntegro, referido realmente a los acuerdos de las corporaciones locales, y el contenido, finalidad y naturaleza de la ley de la que forma parte, que no es sino una ley de régimen local, planteó el problema de si el ámbito de aplicación de aquel artículo debía ceñirse, sólo, a las normas de los planes urbanísticos que son definitivamente aprobados por las corporaciones locales, quedando fuera de ese ámbito las normas de los restantes planes y, entre estos, las de los planes generales de ordenación urbana, cuya aprobación definitiva compete a las comunidades autónomas.

Esta fue la primera de las posiciones que adoptó el Tribunal Supremo, propiciada tanto por esos dos aspectos antes citados (texto íntegro del precepto y naturaleza de la ley en que se integra), como por el influjo, claro es, del tenor del artículo 65 al que el artículo 70.2 se remite. Así, en su conocida sentencia de 24 de enero de 1989 se enfrentó a un supuesto en el que se trataba de discernir si una licencia de obras para construir una vivienda unifamiliar denegada por la Comisión de Urbanismo de Gerona debía regirse por el antiguo plan parcial o por el nuevo plan general revisado de Lloret de Mar, que modificaba parcialmente el primero y cuyas normas no habían sido publicadas en los términos requeridos por ese artículo 70.2; y se inclinó por la aplicabilidad del segundo razonando lo siguiente:

“El artículo 70.2 de la Ley de bases expresada tiene su desarrollo en el artículo 196.1 y 2 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, y ambos preceptos se refieren a la

publicidad que hay que dar a los actos y acuerdos de las corporaciones locales y a las ordenanzas y reglamentos, incluyendo en éstos las normas de los planes urbanísticos. Estos preceptos exigen la publicación íntegra en el boletín oficial correspondiente, de las ordenanzas, reglamentos y normas de los planes urbanísticos, y aplazan su entrada en vigor hasta que hubiesen transcurrido los quince días establecidos en el artículo 65.2 de la misma ley para que la Administración del Estado o de las comunidades autónomas puedan requerir motivadamente a la corporación local que hubiese aprobado tales ordenanzas o normas para que las anule si considera que infringen el ordenamiento jurídico (artículo 65.1 y 2 de dicha ley). Estos preceptos se refieren a las ordenanzas y a las normas de los planes urbanísticos que hayan aprobado definitivamente las corporaciones locales y no a los que hayan aprobado definitivamente el Estado o las comunidades autónomas, dado que el precepto es de ámbito local (como corresponde a la ley en la que está inserto que disciplina las bases del régimen local) y es aplicable a los acuerdos, ordenanzas y reglamentos de todas las corporaciones locales del Estado (sin distinción de comunidades autónomas) y cualquiera que fuese el estatuto de autonomía de éstas, dado que estos preceptos desarrollan el artículo 149.1.18 de la Constitución, que reconoce al Estado competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas como ha dicho el Tribunal Constitucional en sus sentencias 32/1981, de 28 de julio (fundamento de derecho 6), 76/1983, de 5 de agosto (fundamento 39), 76/1986, de 9 de junio (fundamento 5), 27/1987, de 27 de febrero (fundamentos 3 y 4), 99/1987, de 11 de junio (fundamentos 2 y 3) y en la de 11 de noviembre de 1988 (fundamento jurídico 2), entre otros; pero, como decimos, el hecho de que el aludido artículo 70.2 de la Ley de bases de 2 de abril de 1985 sea aplicable a los actos, acuerdos, reglamentos y ordenanzas de todos los municipios del Estado (incluyendo las normas de los planes urbanísticos) no significa que el mismo debe aplicarse a las normas de los planes urbanísticos que aprueben definitivamente órganos distintos de las administraciones locales, como es el caso de los planes generales municipales que los aprueban definitivamente las comisiones provinciales de urbanismo –artículo 35.1 de la Ley del suelo– o el consejero correspondiente de la comunidad autónoma si se trata de capitales de provincia o de población de más de 50.000 habitantes o afectan a varios municipios [artículo 35.1.c) de la misma ley]; siendo por todo ello claro que las normas del Plan general revisado de Lloret de Mar, aprobado definitivamente por la Comisión Provincial de Urbanismo de Gerona (órgano distinto a la corporación local), no debieron ser objeto de la publicidad plena establecida en el indicado artículo 70.2 de la Ley de bases del régimen local de 2 de abril de 1985, ni en el

196.2 del también citado Reglamento de organización de 28 de noviembre de 1986, sino que era suficiente la publicidad general del artículo 44 de la Ley del suelo para su inmediata entrada en vigor según el artículo 56 de la propia Ley del suelo; por lo que realizada en el presente caso la publicación del artículo 44 de la Ley del suelo, el referido plan general entró en vigor desde la fecha de la publicación, y es, por lo tanto, este plan general revisado, y no el antiguo plan parcial, lo que aquí debe aplicarse para determinar si procede o no conceder la licencia que se debate.”

Pero semejante interpretación, en cuanto conducía a la conclusión de que quedaran fuera del requisito de publicación las principales normas urbanísticas de la mayoría de los municipios, no parecía lógica en sí misma. Surge, así, el criterio contrario en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de abril de 1990 (que mantienen las posteriores de 9 de julio y de 12 de diciembre del mismo año y de 30 de enero de 1991), referida también a un caso de denegación de una licencia de construcción. En ella, (1) se identifica el supuesto litigioso indicando que la licencia solicitada el 30 de septiembre de 1985 fue denegada el 27 de noviembre siguiente con invocación de un nuevo planeamiento aprobado definitivamente por el Consell de Govern de la comunidad autónoma el 31 de octubre de 1985 y publicado en el *Boletín Oficial* de la comunidad al día siguiente sin recoger el texto de las ordenanzas y normas urbanísticas del Plan y sin que tampoco dicho texto fuera publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia*; (2) se recuerda que la ordenación aplicable para resolver sobre la licencia pedida es la del momento de la resolución si ésta se dicta dentro del plazo previsto en el artículo 9 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, y (3) se plantea el problema a resolver en estos términos: *así las cosas, dado que el nuevo Plan tenido en cuenta por el ayuntamiento es de fecha comprendida dentro del plazo de tres meses establecido para resolver sobre las peticiones de licencias –sentencias de 13 de noviembre de 1989, 19 de febrero de 1990, etc.– es claro que su aplicación sería correcta siempre que se hubiera producido su entrada en vigor. Por ello, la cuestión fundamental que estos autos plantean es precisamente la de si la publicación desnuda del acuerdo de aprobación definitiva sin incluir las ordenanzas y normas urbanísticas resulta bastante para la entrada en vigor del plan.* Problema al que da una respuesta negativa con sustento en la siguiente argumentación:

“[...] El sistema que a este respecto trazaba la Ley del suelo ofrecía una doble peculiaridad, pues por una parte implicaba una publicidad de contenido limitado al recoger solo el texto del acuerdo de aprobación definitiva –artículo 44 del Texto refundido y 134 del Reglamento de planeamiento– y por otra producía efectos con carácter inmediato –artículo 56 del Texto refundido.

“Estas dos notas aparecen en principio corregidas ya por el artículo 70.2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local 7/1985, de 2 de abril, que exige que las normas de los planes urbanísticos se publiquen recogiendo completamente su texto y que introduce una *vacatio legis* de quince días hábiles.

“Se ha dicho que esta corrección del sistema anterior se ha producido en principio pues el tema aquí debatido es justamente el del ámbito de aplicación del citado artículo 70.2 que ha suscitado la duda de si se refiere únicamente a los planes cuya aprobación definitiva corresponde al municipio o si por el contrario ha de extenderse también a planes de mayor entidad.

“[...] Desde luego podría pensarse que las exigencias del artículo 70.2 son sólo de aplicación en los casos de aprobación definitiva de la competencia municipal:

“A) El inciso primero del precepto va referido a los acuerdos de las corporaciones locales y esto da base para entender que su ámbito es únicamente el de las aprobaciones definitivas que son competencia de aquéllas.

“B) El plazo de *vacatio legis* se fija por remisión al artículo 65.2 de la propia ley. Ciertamente es un plazo extraño tanto por su *dies a quo* como por su cómputo de días hábiles. No es este el momento de precisar ahora aquel *dies a quo* –razones de fijeza y seguridad jurídica exigen la adaptación al terreno que se contempla: publicación y entrada en vigor de normas–. Pero sí que hay que indicar que aquella remisión a un precepto que regula la impugnación de acuerdos locales podría venir a corroborar la tesis recogida en el apartado A).

“[...] Sin embargo, una reflexión más detenida sobre el tema conducirá a otra conclusión:

“A) En el terreno de la pura literalidad, el precepto va dirigido a las ordenanzas ‘incluidas las normas de los planes urbanísticos’. Y no se hace distinción alguna. Cabe pensar que pese a las sedes materias se ha querido introducir una norma de sentido rigurosamente urbanístico.

“Es más, la Ley de bases era perfectamente consciente de la novedad que establecía y de su gran trascendencia y por ello para evitar atenuaciones y restricciones regula la consecuencia jurídica de forma negativa: ‘[...] las normas de los planes urbanísticos [...] no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo [...]’. Y ello sin distinción alguna.

“B) Desde el punto de vista de la lógica jurídica y en muy directa relación con la finalidad de la normativa que se examina no resulta en modo alguno explicable que los planes de menor trascendencia –artículo 5.1 del Real decreto ley 16/1981, de 16 de octubre– estén sometidos a las rigurosas exigencias del artículo 70.2 de la Ley 7/1985 y en cambio un plan general de ordenación urba-

na, de mucha mayor relevancia, pueda entrar en vigor sin publicidad alguna para las normas definitivamente aprobadas.

“C) El hecho de que el artículo 70.2 de la Ley 7/1985 vaya referido a las ordenanzas locales no implica una exclusión de las normas de los planes urbanísticos: los planes del escalón municipal no pierden su carácter subjetiva y objetivamente municipal por el dato de haber sido definitivamente aprobados por la Administración autonómica. En efecto:

“a) La diversidad de intereses presentes en el campo del urbanismo hacen de la de planeamiento una potestad de titularidad compartida por los municipios y las comunidades autónomas. Su actuación se lleva a cabo a través de un procedimiento bifásico en el que a la aprobación provisional del municipio, en lo que ahora importa, sigue en el tiempo la definitiva de la Administración autonómica.

“Partiendo de la base de que ‘en la relación entre el interés local y el interés supralocal es claramente predominante este último’ –Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989, de 19 de octubre– queda perfectamente justificado que, en el aspecto temporal, la decisión autonómica se produzca con posterioridad a la municipal y que, en el aspecto sustantivo, aquélla haya de contemplar el plan no sólo en sus aspectos reglados sino también en los discrecionales que por su conexión con intereses supralocales hayan de ser valorados para asegurar una coherencia presidida por la prevalencia de tales intereses superiores.

“Pero aun siendo esto así, lo que ahora se destaca es la existencia de unos intereses locales en el planeamiento que justifican la participación municipal en la competencia.

“Precisamente en la reciente Sentencia de 20 de marzo de 1990 esta sala destacaba el carácter municipal de aquella competencia para justificar una doble legitimación autonómica y municipal independientemente de lo que pudiera derivar de los artículos 237.2 del Texto refundido de la Ley del suelo y 29.2 de la Ley jurisdiccional: aunque el acuerdo autonómico contenga modificaciones no podrá olvidarse la legitimación pasiva del municipio.

“La de planeamiento es una competencia compartida y por ello resulta bien claro el carácter subjetivamente municipal del plan que no queda eliminado por la aprobación definitiva autonómica.

“b) En otra línea el planeamiento del escalón municipal, en razón del ámbito territorial de su vigencia, tiene claramente ese sentido local: traza el marco físico en el que va a desenvolverse la convivencia de la población del municipio.

“En definitiva, esta naturaleza del planeamiento justifica plenamente la aplicación de una normativa prevista para las ordenanzas locales.

“D) En último término será de recordar el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico –artículo 5.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial–. La Constitución es un contexto dominante para todas las demás normas lo que exige que las dudas surgidas en la interpretación de éstas hayan de ser resueltas en el sentido que mejor contribuya a hacer realidad el modelo de convivencia que aquélla dibuja.

“Lo que aquí se está discutiendo es si han de publicarse o no determinadas normas –normas son pues la calificación de urbanísticas no puede borrar aquella naturaleza; hay en este sentido una copiosa jurisprudencia–. Pues bien, proclamado por la Constitución el principio de la publicidad de las normas –artículo 9.3–, es claro que toda duda ha de despejarse con la solución que permita hacer más eficaz dicha publicidad y en esta línea el examen comparativo de los sistemas de la Ley del suelo y del artículo 70.2 de la Ley 7/1985 conduce claramente a la conclusión que ya derivaba de los razonamientos anteriores.

“[...] En definitiva, la amplia dicción literal del artículo 70.2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, referida a los planes urbanísticos sin distinción, el carácter municipal del planeamiento en alguno de sus escalones, la lógica que excluye que en los planes de mayor relevancia la publicidad sea menor y, en último término, el principio de interpretación conforme a la Constitución que, en su artículo 9.3, consagra el principio de publicidad de las normas, conducen a la conclusión de que el artículo 70.2 de la Ley 7/1985 no puede referirse sólo a los planes cuya aprobación definitiva es de la competencia municipal.”

La contradicción de ambas líneas jurisprudenciales dio lugar a la interposición de un recurso extraordinario de revisión fundado en la previsión del artículo 102.1.b) de la Ley de la jurisdicción (en su redacción anterior a la reforma que llevó a cabo la Ley de 30 de abril de 1992), en el que la sentencia de contraste era aquélla de 24 de enero de 1989 y la impugnada ésta de 10 de abril de 1990, resuelto a favor de la tesis de esta última por la sentencia de 11 de julio de 1991 (cuya postura reiteró la sentencia, dictada también en recurso extraordinario de revisión, de fecha 22 de octubre de 1991). Sus razonamientos más relevantes fueron los siguientes:

“[...] El establecer como requisito-presupuesto de la entrada en vigor de un plan general de ordenación urbana la necesidad de la publicación junto al acuerdo de aprobación definitiva de las normas urbanísticas del propio plan en el boletín oficial correspondiente, no hace más que aplicar en este campo del urbanismo lo que es exigencia legal general –artículo 9.3 de la Constitución española, artículo 2.1 del Código civil, artículo 132 de la Ley de procedimiento administrativo– y que la práctica demandaba por razones de seguridad jurídica al resultar

notorias las insuficiencias, contradicciones, etc., que resultaban del sistema de publicidad de planes previsto en los artículos 44, 56 y preceptos concordantes del Texto refundido de la Ley del suelo.

“[...] La publicación de los planes de urbanismo conforme a lo dispuesto en la Ley del suelo y reglamentos de aplicación venía referida materialmente a la sola publicación del texto íntegro del acuerdo de aprobación definitiva y sin que en este sentido la legislación autonómica haya introducido variación alguna –igual la Ley 8/1990, de 25 de julio–. Este régimen jurídico se había manifestado en la práctica insuficiente y por ello la norma contenida en el artículo 70.2 de la Ley de bases del régimen local ha dado respuesta adecuada en plena coherencia con la garantía que la Constitución establece en el tema de la publicidad de las normas (constitucionalizando lo ya dicho de antiguo por el Código civil y la Ley de procedimiento administrativo); porque lo que se exige es la publicación en el boletín oficial que corresponda (el denominado de la provincia incluso no existe en las comunidades de origen uniprovincial, o al menos en algunas) de las normas urbanísticas; no de los demás instrumentos o documentos que forman un plan según el artículo 12 de la ley. Por ello carecen de peso las objeciones que se formulan sobre costes e imposibilidades materiales, etc., que como obstáculos adicionales se imputan a la doctrina que contiene la sentencia recurrida. Al contrario, la doctrina que contiene ofrece la ventaja de intentar conseguir homogeneidad en un campo en que se interfieren competencias concurrentes (la exclusividad es difícilmente sostenible), unido a que los procedimientos de elaboración de planes son por naturaleza complejos como compuestos de varias fases y en que el acuerdo de aprobación definitiva no es, en ningún caso, acuerdo de fiscalización.

“Por eso es plenamente asumible la interpretación amplia e integradora que ofrece la sentencia recurrida (la dictada por la Sección Sexta de la Sala Tercera de 10 de abril de 1990) al sostener que el carácter municipal del planeamiento justifica plenamente la aplicación de la normativa prevista para las ordenanzas locales. Al efecto recuerda el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico –artículo 5.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial–. Ya que si la Constitución proclama el principio de la publicidad de las normas (artículo 9.3) toda duda interpretativa ha de despejarse con la solución que permita hacer más eficaz dicha publicidad. Y en esta línea el sistema que ofrece el artículo 70.2 de la Ley 7/1985 es más perfecto y como acomodado a la exigencia constitucional merece ser generalizado.

“[...] las normas urbanísticas han de formar a efectos de su publicación en el *Boletín Oficial* una unidad inescindible con el acuerdo de aprobación definitiva, y que como tal instrumento único ha de tener acceso al bo-

tín oficial que corresponda en razón del órgano urbanístico que apruebe definitivamente el plan.”

2.3.2.2. Competencia para acordar la publicación de las normas urbanísticas y periódico oficial en que debe hacerse

Se suscitó también el problema de si la publicación de las normas urbanísticas debía ser ordenada por el municipio o por la comunidad autónoma en el caso de que fuera ésta quien hubiera acordado su aprobación definitiva; y, ligado a él, el de cuál fuera el boletín oficial en que tal publicación hubiera de hacerse. Problemas, ambos, resueltos en esa sentencia de 11 de julio de 1991 en el sentido de que la publicación, única, pues su duplicidad no es exigible, debe acordarla el órgano que acuerda esa aprobación definitiva y debe hacerse en el boletín oficial que a él corresponda. Así, se lee en dicha sentencia lo siguiente:

“[...] la exigencia de la publicación de las normas urbanísticas como complemento del acuerdo de aprobación definitiva debe ser cumplida por el órgano urbanístico que apruebe definitivamente el Plan general al formar una unidad inescindible (acuerdo de aprobación y normas urbanísticas) con acceso directo al boletín oficial correspondiente, bien sea el de la comunidad o en el provincial en el caso que los ayuntamientos aprueben los planes (y siempre que éste exista), pero debe quedar claro que no resulta necesaria la doble inscripción, bastando una sola y referida al órgano de aprobación definitiva, si bien cumpliendo la exigencia legal y constitucional de la publicación de las normas urbanísticas como se ha dicho.

“[...] se resalta de nuevo el rechazo de la exigencia de una posible duplicidad en la publicación.”

2.3.2.3. Cómputo del plazo de *vacatio legis*. *Dies a quo*

Como ya indiqué y como es de ver en aquella sentencia de 24 de enero de 1989, la remisión que el artículo 70.2 de la LRBRL hizo al artículo 65.2 de la misma ley para fijar, así, el segundo de los requisitos a que supedita la entrada en vigor de las normas de los planes urbanísticos, propició, también, la interpretación que esa sentencia sostuvo sobre el ámbito de aplicación de aquel artículo, pues al contemplar el 65, tan sólo, una relación cuyos sujetos son una entidad local, por un lado, y la Administración del Estado y/o la de la comunidad autónoma, por otro, y cuyo objeto o contenido es la eventual discrepancia de estas últimas con un acto o un acuerdo, definitivo en vía administrativa (artículo 65.3), adoptado por aquélla, quedaba favorecida la idea de que los planes urbanísticos mencionados en el 70.2 debían ser, sólo, los aprobados definitivamente por la corporación local.

Pero propició, también, dudas sobre el cómputo del plazo de *vacatio legis*, ya que el *dies a quo* que literal-

mente fija el artículo 65.2 (el de la recepción en la Administración del Estado o en la de la comunidad autónoma de la comunicación hecha por la entidad local del acto o acuerdo adoptado por ésta) tiene sentido para el desenvolvimiento de aquella relación, pero lo pierde si la finalidad de la publicación de las normas de los planes urbanísticos es, como parece que debe ser, dar a conocer el contenido de éstas a los ciudadanos.

Por ello, la conclusión más lógica es que el plazo de *vacatio legis* fijado en el artículo 70.2 de la LRBRL debía, ya entonces, computarse tomando como *dies a quo* el siguiente a aquel en que hubiera tenido lugar la completa publicación de las normas del plan urbanístico de que se trate. Esta es la solución que sugiere aquella sentencia de 9 de julio de 1990 al decir: “El plazo de *vacatio legis* se fija por remisión al artículo 65,2 de la propia ley. Ciertamente, es un plazo extraño tanto por su *dies a quo* como por su cómputo de días hábiles. No es este el momento de precisar ahora aquel *dies a quo* –razones de fijeza y seguridad jurídica exigen la adaptación al terreno que se contempla: publicación y entrada en vigor de normas– [...]”

2.3.2.4. Y, ¿qué es lo que hay que publicar?

Ni qué decir tiene que ésta es una pregunta de suma importancia. La seguridad jurídica está aquí muy comprometida, pues la entrada en vigor de los planes quedaría sujeta, de no ser respondida con absoluta claridad, al albur de que la falta de publicación de alguna de sus múltiples determinaciones pudiera apreciarse como obstáculo para aquella entrada en vigor y, por ende, como circunstancia impeditiva de la eficacia del plan en su conjunto. Pero, desde otra perspectiva, no parece tampoco que puedan dejar de publicarse aquellas determinaciones, cualquiera que sea la denominación del documento en que se recojan, que propiamente sean constitutivas de una *norma urbanística*, ni aquellas que complementen una norma urbanística así denominada hasta el punto de que la comprensión de ésta precise del conocimiento de aquéllas.

La sentencia de revisión de 11 de julio de 1991 concretó el objeto de la publicación a uno solo de los documentos que integran el plan; al denominado, precisamente, *Normas Urbanísticas*, previsto en la letra c) del número 3 del artículo 12 del TR 1976. Así, se lee en ella que *la ley precisa el concepto al referirlo a las Normas Urbanísticas, apartado c), número 3 del artículo 12 del Texto refundido de la Ley del suelo. Y, en otro pasaje, que lo que se exige es la publicación en el boletín oficial que corresponda (el denominado de la provincia incluso no existe en las comunidades de origen uniprovincial, o al menos en algunas) de las Normas Urbanísticas; no de los demás instrumentos o documentos que forman un plan según el artículo 12 de la ley.*

Por tanto, quedarían fuera de la obligación de publicación, dicho ahora en términos generales, los documentos en los que ha de contenerse la memoria, el programa de actuación, el estudio económico y financiero y los planos de información y de ordenación urbanística del territorio.

Esa solución satisface sin duda el principio de seguridad jurídica, pues no deja margen de incertidumbre sobre aquello que necesita ser publicado para que el Plan entre en vigor. Pero es, tal vez, incompleta, pues aunque el conocimiento de aquellos otros documentos puede obtenerse, claro es, a través del sistema de publicidad dispuesto en los artículos 164 y siguientes del RPU, también es cierto que la cabal comprensión de algunas de las normas urbanísticas puede requerir la percepción al unísono de alguno o algunos de esos otros documentos, como, por ejemplo, la memoria o los planos de ordenación. No es éste, pues, un tema que deba considerarse zanjado y no necesitado de alguna posterior reflexión, que intentaré hacer en el último apartado de esta ponencia.

2.4. Texto refundido de la Ley del suelo de 1992

2.4.1. Sus preceptos

El artículo 131 de dicho texto (TR 1992, en lo sucesivo) dispuso, bajo el epígrafe de “Ejecutividad del planeamiento”, que “*Los planes, normas complementarias y subsidiarias, programas de actuación urbanística, estudios de detalle, proyectos y catálogos serán inmediatamente ejecutivos una vez publicada su aprobación definitiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 124*”. Y este último, bajo el epígrafe, precisamente, de “Publicación”, dispuso, a su vez, lo siguiente:

“1. Los acuerdos de aprobación definitiva de todos los instrumentos de planeamiento se publicarán en el boletín oficial correspondiente.

“2. El órgano competente para otorgar las aprobaciones inicial y provisional, en su caso, podrá ordenar la publicación en el diario oficial correspondiente del instrumento de planeamiento aprobado por silencio administrativo positivo.

“3. Respecto a las normas urbanísticas y ordenanzas en ellos contenidas se estará a lo dispuesto en la legislación aplicable.”

Este número 3 del artículo 124 era, por tanto, la norma clave en el tema que examinamos. La inmediata ejecutividad que proclamaba aquel artículo 131 desde el momento en que fuera publicado el acuerdo de aprobación definitiva lo era *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 124*; respetando, no perjudicando, lo dispuesto en éste. Y éste ordenaba, ordena, que respecto a las normas urbanísticas y ordenanzas contenidas en los instrumentos de planeamiento se esté *a lo dispuesto en la legislación aplicable*; que no era otra que la contenida

en aquel artículo 70.2 de la LRBRL, complementado (artículo 1.6 del Código civil) por la jurisprudencia, es decir, por la doctrina que ya entonces de modo reiterado había establecido el Tribunal Supremo al interpretar dicho artículo 70.2 en las citadas sentencias de revisión.

2.4.2. La STC número 61/1997, de 20 de marzo

De los preceptos a los que acabamos de hacer referencia, esa conocida sentencia: a) declaró inconstitucional y nulo el número 2 del artículo 124, en la medida en que la disposición final única, número 1, del TR 1992 le atribuía el carácter de legislación básica, y b) declaró inconstitucional la eficacia supletoria que esa disposición final, ahora en su número 3, atribuía al artículo 131.

Por tanto, quedó en pie la atribución del carácter de legislación básica que esa disposición final única, en su número 1, otorgaba, también, a los números 1 y 3 de aquel artículo 124. En suma, quedó en pie y con el carácter de legislación básica la norma que antes he calificado como clave en el tema que examinamos.

Lo que el Tribunal Constitucional dijo sobre la impugnación deducida frente a aquel artículo 124 fue [apartado d) del fundamento de derecho número 25] lo siguiente:

“d) (Artículo 124, ‘Publicación’).

“La Generalidad de Cataluña reprocha al artículo 124 del TRLS una clara invasión de la competencia urbanística autonómica (cfr. *supra* artículos 3.1 y ss. del TRLS), señalando además que el apartado 2 otorga a los órganos con competencias urbanísticas facultades no previstas en la legislación anterior. El Abogado del Estado considera que el artículo 124 del TRLS enlaza con el artículo 70.2 de la Ley de bases del régimen local y queda claramente amparado en el artículo 149.1.18 de la CE –como base del régimen jurídico administrativo que garantiza un tratamiento común a todos los administrados– en relación con el artículo 9.3 de la CE (principio de publicidad de las normas), dada la naturaleza normativa de los planes de urbanismo.

“Ha de advertirse que en la argumentación del recurso de la Generalidad de Cataluña, por su carácter genérico, no es posible discernir cómo juegan las someras consideraciones impugnatorias que encabezan el listado de preceptos entre los que el aquí impugnado se encuentra y que se resuelven en un pretendido uso incorrecto del concepto de bases en cada caso concreto (cfr. *supra* artículos 3.1 y ss. del TRLS).

“En el apartado 1.º del precepto impugnado se consideran los instrumentos de planeamiento desde la perspectiva formal del acto final que culmina el procedimiento de elaboración de aquéllos, en tanto que disposiciones administrativas, estableciendo la publicación de tales actos, es decir, de los acuerdos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos, requisito –el de la publicación– de eficacia, en los términos esta-

blecidos por el artículo 131 del propio TRLS. Esta exigencia de publicación tiene como respaldo el título competencial atribuido al Estado por el artículo 149.1.18 de la CE, en relación con el principio constitucional de publicidad de las normas del artículo 9.3 de la CE, de tal manera que nada se opone a la correcta atribución de carácter básico que al artículo 124.1 efectúa la disposición final única, 1, del Real decreto legislativo 1/1992.

“Por su parte, el apartado 3 del precepto, se sitúa en la más sustancial perspectiva de su contenido normativo propiamente tal, es decir, en lo que atañe a las normas urbanísticas y ordenanzas que han de incorporar tales instrumentos urbanísticos, remitiendo en cuanto a la publicación de las mismas al régimen de la legislación aplicable, que al menos en parte se halla en la actualidad constituido por la regulación efectuada por el artículo 70.2 de la LRBRL, en la redacción dada al precepto por Ley 39/1994, de 30 de diciembre, inspirada en un propósito de incrementar las garantías de los ciudadanos en orden al más completo y efectivo conocimiento de los instrumentos de planeamiento. Conecta esta regulación también con el título competencial del artículo 149.1.18 de la CE y, por consiguiente, su carácter básico respeta el bloque de la constitucionalidad.

“No puede, en cambio, atribuirse carácter básico al apartado 2 del precepto enjuiciado. En primer término, ha de observarse que si los preceptos por los que se regula, en el Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, el silencio administrativo positivo, en cuanto modalidad de aprobación definitiva de los planes urbanísticos –artículos 114.3 y concordantes– no ostentan, en la terminología de la ley, carácter básico ni tampoco ‘de aplicación plena’, no resulta coherente que se asigne carácter básico al aspecto instrumental de qué entes públicos ostentan la facultad de publicar el plan aprobado mediante la técnica jurídico-administrativa del acto presunto. Es ésta una decisión que se incardina en la regulación del régimen de elaboración y aprobación de planes, materia propia de la competencia que, como exclusiva, atribuyen en materia de ordenación del territorio y urbanismo, el artículo 148.1.3 y los correspondientes estatutos de autonomía de las comunidades autónomas.

“Para rechazar la calificación como norma básica de este apartado 2 procede añadir, siquiera sea a mayor abundamiento, que el legislador estatal incorpora aquí una determinada concepción sobre la naturaleza jurídica de los planes de ordenación a cuya aprobación concurren diversas administraciones públicas, interviniendo en fases decisorias diferenciadas a través de unos actos de aprobación inicial y provisional, por un lado, y una resolución de aprobación definitiva, por otro, entendiendo implícitamente que ésta realiza un control de fiscalización o tutela sobre aquellas aprobaciones, normalmente atribuidas a entes locales, concepción

ésta sobre la que no cabe construir la determinación de los entes públicos a los que incumbe la publicación, cuando ésta se produce mediante silencio administrativo positivo. Procede, en consecuencia, concluir que el artículo 124.2 del TRLS vulnera el orden constitucional de competencias.”

El carácter básico del artículo 124.3 se conecta en esa sentencia, pues, con el artículo 149.1.18 de la CE; en concreto, con el título que atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer *las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas* que garanticen a los administrados un tratamiento común ante ellas. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en aquella sentencia de 24 de enero de 1989, con ocasión de interpretar el ámbito de aplicación de aquel artículo 70.2 de la LRBRL.

Más certera, a mi juicio, es la doctrina que cabe extraer de la STC número 179/1989, de 2 de noviembre, en el sentido de que el título específico que atribuye al Estado competencia exclusiva para disponer los requisitos a que queda sujeta la eficacia de las normas es el previsto en el artículo 149.1.8 de la CE, pues allí se le atribuye, en efecto y *en todo caso*, competencia exclusiva sobre la materia referida a *las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas*.

2.5. La reforma, por la Ley 39/1994, del artículo 70.2 de la LRBRL

Podían haber sido el rico debate doctrinal o las dudas de los tribunales sobre la interpretación del artículo 70.2 de la LRBRL, pero lo fue, en realidad, la generalizada actitud renuente de las administraciones a aceptar lo que como doctrina reiterada del Tribunal Supremo era ya jurisprudencia –con el valor, por tanto, que le asigna el citado artículo 1.6 del Código civil–, lo que motivó que el tema que nos ocupa fuera singularmente debatido en el seno mismo del poder legislativo. En todo caso, lo importante es que este debate se produjo y pasó a constituir, así, un destacado elemento de interpretación de la norma, que merece, por ello, ser analizado.

2.5.1. Génesis de la reforma

2.5.1.1. La proposición de ley

Con fecha 4 de octubre de 1993, el portavoz del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) presentó ante el Congreso de los Diputados una proposición de ley de modificación del artículo 70.2 de la Ley 7/1985.

Sorprende su texto, pues está basado en una clamorosa inexactitud (la de que el artículo 70.2 estableciera con carácter preceptivo la publicación en un boletín oficial de toda la documentación completa relativa a los planes urbanísticos) y en una supuesta contradicción normativa que el grupo proponente califica de clara

pese a lo dispuesto en el número 3 del artículo 124 del Real decreto legislativo 1/1992 –que la proposición ni tan siquiera cita– y pese a lo razonado en aquella jurisprudencia –de la que parece hacer caso omiso.

Lo que sí es claro es que lo pretendido era volver al sistema anterior a la Ley 7/1985, de publicación, sólo, del acuerdo de aprobación definitiva de los planes urbanísticos, tal y como se desprende del tenor de aquella proposición, cuyo texto dice así:

“Exposición de motivos

“El artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, establece con carácter preceptivo la publicación en el *Boletín Oficial de la Provincia* de toda la documentación completa relativa a los planes urbanísticos, a los efectos de su entrada en vigor y posterior ejecución.

“La exigencia de la mencionada publicación conlleva una serie de problemas prácticos y entra en plena contradicción con la normativa sobre ordenación urbana que ha sido recientemente objeto de refundición.

“En primer lugar, efectuar la publicación completa de todas las determinaciones que integran los planes de ordenación urbanística y que se desarrollan en una serie de documentos supone un enorme y desproporcionado coste económico, toda vez que tal exigencia hace que no resulte posible, dado su volumen numérico y la imposibilidad de lectura a escala reducida de los planos de ordenación en el formato establecido en los diarios oficiales.

“En segundo lugar, y a mayor abundamiento, existe una clara contradicción entre distintas disposiciones que afectan a una misma cuestión, ya que, por un lado, el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana (y concretamente en los artículos 124.1 y 131), se exige que para que los planes sean inmediatamente ejecutivos sólo será necesaria la publicación en el *Diario Oficial* del correspondiente acuerdo de aprobación definitiva, mientras que, por otro lado, en el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, se establece como presupuesto previo a la ejecutividad de los planes de ordenación urbana la publicación completa de toda la documentación que los integra y fundamenta.

“Es por ello por lo que se propone la publicación de los acuerdos de aprobación definitiva de los mencionados planes, así como la posibilidad de que los posibles interesados puedan conocer y consultar el contenido de los mismos, en el supuesto que hayan sido aprobados.

“En consecuencia, teniendo en cuenta las dificultades prácticas expuestas y el conflicto normativo planteado, y con la finalidad de hacer efectivo el principio de congruencia legislativa y la concreción de la publicación en

el marco de las competencias municipales, la presente Ley modifica el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local.

“Artículo único

“Se modifica el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que quedará redactado con el siguiente contenido:

“Artículo 70

“2. Los acuerdos que adopten la corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la ley. Las ordenanzas que aprueben definitivamente los ayuntamientos y los catálogos a que hace referencia el artículo 93 del Texto refundido de la Ley del suelo y ordenación urbana se publican en el *Boletín Oficial de la Provincia* y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2. Idéntica regla es de aplicación a los presupuestos, en los términos del artículo 112.3 de esta ley. Los acuerdos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos se publicarán en el correspondiente bo-

tín oficial, para su entrada en vigor y posterior ejecución.

“Las administraciones públicas con competencias urbanísticas deberán tener, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias completas del planeamiento vigente en su ámbito territorial [...]”

2.5.1.2. Las enmiendas

Daré cuenta de las que se presentaron en el Congreso de los Diputados, pues las presentadas en el Senado siguen la misma línea y fue el texto normativo remitido por aquél el que éste aprobó sin introducir variación alguna.

Pues bien, todas y cada una de dichas enmiendas rechazaron el espíritu que impulsaba la proposición de ley, desprendiéndose de ellas que la inmensa mayoría de la cámara (los grupos enmendantes fueron el Parlamentario Vasco, el Popular, el Federal IU-IC y el Socialista) no sólo no compartía lo pretendido, sino que, al contrario, propugnaba la necesidad de garantizar la publicación de las normas urbanísticas.⁶

6. Su texto es tan esclarecedor que merece la pena reproducirlo aquí:

Enmienda núm. 1

Primer firmante:

Grupo Parlamentario Vasco (PNV).

Al artículo 70.2. De adición.

Se propone mantener el texto íntegro del artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, adicionando un nuevo apartado del siguiente tenor: “No obstante lo anterior no será preceptiva la publicación de los planos constitutivos de la documentación gráfica de los planes y normas urbanísticas citados.”

Justificación:

Garantizar la publicidad y seguridad jurídica de los instrumentos de ordenación y urbanística y propiciar una solución a la problemática de la publicación adecuada de la documentación gráfica de los planes y normas urbanísticas.

Enmienda núm. 2

Primer firmante. Grupo Popular.

A la exposición de motivos. De supresión.

De supresión del párrafo segundo, del inciso “En primer lugar” del párrafo tercero y del párrafo cuarto.

Justificación:

No existe la contradicción normativa a que se alude en los párrafos que se suprimen.

Enmienda núm. 3

Primer firmante. Grupo Popular.

A la exposición de motivos. De modificación.

De modificación del párrafo quinto que tendrá el siguiente contenido:

“Es por ello por lo que se propone la publicación sólo de aquellas partes y documentos de los planes que tienen un contenido normativo y delimitan los derechos de los propietarios cumpliendo así con las exigencias constitucionales sobre publicidad de las normas jurídicas.”

Justificación:

Coherencia con la enmienda al artículo único.

Enmienda núm. 4

Primer firmante. Grupo Popular.

Al artículo único. De modificación.

Se propone la siguiente redacción alternativa:

“Artículo único

Se modifica el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, mediante la adición al mismo de dos nuevos párrafos, el segundo y el tercero, con el siguiente contenido:

La obligación de publicación de las normas urbanísticas a que se refiere el párrafo anterior, se limita a las partes y documentos de los instrumentos de planificación que crean normas urbanísticas y delimitan los derechos y obli-

gaciones de los propietarios del suelo, sin que se extienda a las memorias y estudios económico-financieros, planos informativos y documentos análogos.

Las administraciones públicas con competencias urbanísticas deberán tener, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias de las partes y documentos del planeamiento vigente en un ámbito territorial que no hayan sido objeto de publicación conforme al párrafo anterior. La entrega de esta documentación será gratuita para los ciudadanos solicitantes.”

Justificación:

Al menos la parte normativa de los planes ha de ser publicada por exigencia constitucional.

Enmienda núm. 5

Primer firmante. Grupo Popular.

A la disposición final, punto primero. De supresión.

Justificación:

Respetar la *vacatio legis* prevista con carácter general en el Código civil.

Enmienda núm. 6

Primer firmante. Grupo Federal IU-IC.

Al artículo único. De modificación.

Sustituir por el siguiente texto:

“Artículo primero

Los artículos del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, que se relacionan a continuación, quedan modificados en los siguientes términos:

Uno. El artículo 124 queda redactado como sigue:

“Artículo 124. Publicación

1. Los acuerdos de aprobación definitiva y el contenido normativo de todos los instrumentos de planeamiento se publicarán en el *Boletín Oficial* correspondiente por el órgano competente para su aprobación.

2. En todo caso, será obligatoria la publicación de los siguientes documentos:

a) Las normas de los planes directores territoriales de coordinación, previstas en el artículo 68.3 de esta ley.

b) Las normas urbanísticas de los planes generales de ordenación urbana, previstas en el artículo 72.4.d) de esta ley.

c) Las disposiciones de las Normas Complementarias del artículo 74.2.d).

d) Las normas urbanísticas incluidas en las Normas Subsidiarias del Planeamiento.

e) Las ordenanzas contenidas en los proyectos de delimitación de suelo urbano, del artículo 81.2.b).

f) Las normas urbanísticas de desarrollo incluidas en los programas de actuación urbanística, del artículo 82.3.d).

2.5.2. La reforma aprobada

El texto finalmente aprobado por la Ley 39/1994, de 30 de diciembre, fue el siguiente:

“Artículo 70.

“2. Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la ley. Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales, se publican en el *Boletín Oficial de la Provincia* y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2. Idéntica regla es de aplicación a los presupuestos, en los términos del artículo 112.3 de esta ley. Las administraciones públicas

g) Las ordenanzas de los planes parciales del artículo 83.5.

h) Las normas incluidas en los planes especiales previstas en los artículos 84.4 y 85.2 de esta ley.

3. El órgano competente para otorgar las aprobaciones inicial y provisional, en su caso, podrá ordenar la publicación en el *Diario Oficial* correspondiente del instrumento de planeamiento aprobado por silencio administrativo positivo.”

Dos. El artículo 131 queda redactado como sigue:

“Artículo 131. Ejecutividad del planeamiento

Los planes, normas complementarias y subsidiarias, programas de actuación urbanística, estudios de detalle, proyectos y catálogos, serán inmediatamente ejecutivos, una vez transcurridos quince días hábiles desde la completa publicación del acuerdo de su aprobación definitiva y del contenido normativo de los mismos.”

Artículo segundo

El artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, queda redactado como sigue:

“2. Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la ley. Las ordenanzas se publican en el *Boletín Oficial de la Provincia* y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2. Idéntica regla es de aplicación a los presupuestos, en los términos del artículo 112.3 de esta ley.”

Motivación:

La aplicación del artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, ha producido efectos prácticos contradictorios con la voluntad y el espíritu que inspiraron al legislador en su redacción, dirigida entonces de manera especial a la publicación de las normas urbanísticas. Se partía de una situación normativa, la del Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, de 9 de abril de 1976, y el Reglamento de planeamiento, de 23 de junio de 1978, que exigían tan sólo la publicación de los acuerdos de aprobación de los planes de ordenación urbana, para producir su entrada en vigor y entera eficacia. Con ello, aparte de la gravedad que suponía exigir la observación de normas que no habían sido publicadas, se infringía un principio fundamental del Derecho, recogido además en el artículo 9.3 del texto constitucional, el de publicidad de las normas, al que el citado artículo 70.2 se propuso dar cumplimiento.

Sin embargo, diversos problemas han venido a interferir la correcta aplicación de este principio. En primer lugar, la propia redacción del precepto, que prescribe la publicación de las “normas de los planes urbanísticos”, ha provocado la aparición de distintas interpretaciones sobre el significado de este concepto. La vaguedad terminológica utilizada y la diversidad de planes, normas y proyectos que integran el planeamiento urbanístico, hicieron surgir dudas acerca del contenido de lo que debía publicarse. Por otra parte, el ámbito de aplicación de la ley, las corporaciones locales, impedía que se llevara a cabo una interpretación lógica unificada. No debe olvidarse, además, que la aprobación de bastantes instrumentos de planeamiento compete a órganos supramunicipales y, en muchos casos, a los de las comunidades autónomas, que han asumido, en su totalidad, la titularidad de las competencias en materia de urbanismo.

con competencias urbanísticas deberán tener, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias completas del planeamiento vigente en su ámbito territorial.”

Tal texto va precedido de una exposición de motivos, que dice así:

“La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), en su artículo 70.2 prescribe de forma expresa la obligación de publicar las ordenanzas, incluidas las normas de los planes urbanísticos en el *Boletín Oficial de la Provincia*, de acuerdo a los principios constitucionales de publicidad de las normas y de seguridad jurídica.

“Con posterioridad a la LRBRL, la legislación sectorial del Estado y de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias y mediante normas

Todo ello ha provocado que los órganos competentes hayan incumplido a menudo la obligación de publicar las normas urbanísticas; problema en el que tampoco la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido un criterio uniforme.

La aprobación del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, pudo haber solucionado la pendencia, dado su carácter de legislación básica, en muchos de sus artículos, y la especificidad de la materia que regula. Sin embargo, la redacción de su artículo 124, al remitirse a “lo dispuesto en la legislación aplicable”, lejos de remediar el conflicto, ha venido a agravarlo.

Con la presente ley, se incluye la obligación de publicar las normas del Plan en la legislación específica por razón de la materia, la urbanística, modificando los artículos 124 y 131 del texto refundido, que además tiene carácter de legislación básica. Dicha obligación se circunscribe al *contenido normativo* de cualesquiera instrumentos de planeamiento, pues es el afectado por el principio de publicidad del artículo 9.3 de la Constitución, evitando así reproducciones de determinados documentos descriptivos, que acompañan y desarrollan los planes, y cuya lectura en los boletines oficiales, se revela ardua e ineficaz.

[El texto de esa enmienda se reproducía, con el carácter de enmienda a la totalidad con texto alternativo, en la enmienda número 9 y última, también presentada por el Grupo Federal IU-IC].

Enmienda núm. 7

Primer firmante. Grupo Socialista.

A la exposición de motivos. De sustitución.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), en su artículo 70.2 prescribe de forma expresa la obligación de publicar las Ordenanzas, incluidas las normas de los planes urbanísticos en el *Boletín Oficial de la Provincia*, de acuerdo a los principios constitucionales de publicidad de las normas y de seguridad jurídica.

Con posterioridad a la LRBRL, la legislación sectorial del Estado y de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias y mediante normas de diversa naturaleza, ha profundizado y explicitado según la materia, este proceso de reconocimiento expreso tanto de garantías de los ciudadanos, como de fórmulas que faciliten la participación ciudadana, en un esfuerzo cada vez mayor de transparencia en la actuación de las administraciones públicas.

Destacan en este sentido y dentro de la legislación del Estado, la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, cuyo artículo 35 consagra el derecho de los ciudadanos, de acuerdo a unos requisitos, a conocer e incluso obtener copia de documentos relativos a procedimientos administrativos y más específicamente en materia de urbanismo, el cuadro de derechos que reconoce el Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana (entre otros, los artículos 43 y 133).

La experiencia, tras más de nueve años de aplicación de la LRBRL, y la existencia de algunas dudas sobre el sentido exacto de su artículo 70.2, aconsejan mejorar su redacción resaltando la obligación constitucional de publicar en el *Boletín Oficial de la Provincia* las normas urbanísticas y ordenanzas contenidas en los instrumentos de planeamiento.

de diversa naturaleza, ha profundizado y explicitado según la materia, este proceso de reconocimiento expreso tanto de garantías de los ciudadanos, como de fórmulas que faciliten la participación ciudadana, en un esfuerzo cada vez mayor de transparencia en la actuación de las administraciones públicas.

“Destacan en este sentido y dentro de la legislación del Estado, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, cuyo artículo 35 consagra el derecho de los ciudadanos, de acuerdo a unos requisitos, a conocer e incluso obtener copia de documentos relativos a procedimientos administrativos, y más específicamente, en materia de urbanismo, el cuadro de derechos que reconoce el texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana (entre otros, los artículos 43 y 133).

“La experiencia, tras más de nueve años de aplicación de la LRBRL, y la existencia de algunas dudas sobre el sentido exacto de su artículo 70.2 aconsejan mejorar su redacción resaltando la obligación constitucional de publicar en el *Boletín Oficial de la Provincia* las normas urbanísticas y ordenanzas contenidas en los instrumentos de planeamiento.

“Con esta reforma de la ley, y sin merma de los derechos de los ciudadanos, se garantiza la publicidad de las normas y se simplifica la tramitación administrativa, cuya regulación detallada en materia de urbanismo, encuentra un marco más apropiado en la legislación sectorial, que en el ejercicio de sus competencias aprueben el Estado y las comunidades autónomas.”

2.5.3. Breve valoración de la misma

Creo como nada dudoso que la reforma de la que he dado cuenta: 1) desautorizó la pretensión de que las normas urbanísticas contenidas en los planes no hubieran de ser objeto de publicación en un periódico oficial como requisito, necesario, para su entrada en vigor; 2) resaltó que ese deber de publicación es una obligación

constitucional ligada a los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica; y 3) precisó que lo único que debe ser publicado a aquel efecto es el *artículo* de las normas de los planes urbanísticos y no cualesquiera otros de los documentos que los integran.

Y creo, a la vista del modo en que se pronunciaron todos los grupos enmendantes y del modo en que se pronuncia la exposición de motivos de la Ley 39/1994, resaltando que la publicación es una obligación constitucional, que la misma no se ciñe, por supuesto, sólo a las normas de los planes que puedan aprobar definitivamente las corporaciones locales, sino que debe extenderse a las de todos los instrumentos de ordenación urbanística. La referencia que se hace al *Boletín Oficial de la Provincia* tiene el significado, para mí nada dudoso, de que es en este periódico oficial (o en el que haga sus veces en el ámbito de cada comunidad autónoma) donde deben publicarse dichas normas, cualquiera que sea el ámbito territorial de competencias del órgano que las apruebe definitivamente.

No comparto, pues, opiniones tales como la de que a partir de la entrada en vigor de la Ley 39/1994 *resulta incuestionable que las ordenanzas incluidas en los planes cuya aprobación definitiva no corresponda a las entidades locales entran en vigor sin necesidad de la publicación íntegra de su texto.*⁷ Opinión errónea, la que acabo de transcribir, citando a pie de página a quien la sostiene, que arrastrará la que el mismo autor sostendría más tarde⁸ al hilo de su desafortunado comentario a la STS de fecha 27 de julio de 2001, en donde, además, se deslizan errores sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en el tema que tratamos (el de la publicación de las normas urbanísticas), pese a que tal distribución ya había sido clarificada por quien es el máximo intérprete de la Constitución en las sentencias que citamos antes (en el punto 4.2, *in fine*), y se imputa al Tribunal Supremo que *se invista de la facultad de crear Derecho*, cuando lo cierto y verdad es que su jurisprudencia, como resulta

Con esta reforma de la ley y sin merma de los derechos de los ciudadanos, se garantiza la publicidad de las normas y se simplifica la tramitación administrativa, cuya regulación detallada en materia de urbanismo, encuentra un marco más apropiado en la legislación sectorial, que en el ejercicio de sus competencias aprueben el Estado y las comunidades autónomas.

Motivación:

Mejora técnica.

Enmienda núm. 8

Primer firmante. Grupo Socialista.

Al artículo único. De sustitución.

Se modifica el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que quedará redactado con el siguiente contenido:

Artículo 70

2. Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la ley. Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes

locales, se publican en el *Boletín Oficial de la Provincia* y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2. Idéntica regla es de aplicación a los presupuestos, en los términos del artículo 112.3 de esta ley. Las administraciones públicas con competencias urbanísticas deberán tener, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias completas del planeamiento vigente en su ámbito territorial.

Motivación:

Mejora técnica.

7. Opinión que puede verse en J. L. GONZÁLEZ ALONSO, “La eficacia de los planes generales carentes de publicación normativa. Efectos de una errónea interpretación de la doctrina del Supremo”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, julio-agosto de 2001, número 187, página 74.

8. J. L. GONZÁLEZ ALONSO, “La desmesurada interpretación del Supremo sobre el principio de publicidad de los planes. Su muy discutido acomodo a la doctrina del Constitucional”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, julio-agosto de 2002, número 195, página 19 y siguientes.

de la atenta lectura de aquellas enmiendas, no crea, sino que interpreta una norma, y que lo hace, a diferencia de lo que también se le imputa, sin alejarse *tanto de la realidad social*, sino, al contrario, acomodándose a la realidad que la sociedad, según el parecer mayoritario de quienes la representan en el Parlamento, demanda.

2.6. Ley 57/2003, de 16 diciembre de 2003, sobre medidas para la modernización del gobierno local

En realidad, nada nuevo nos aporta este último hito de la crónica que me propuse. En él se confirma lo que ya hemos visto sobre la extensión del deber de publicación y sobre el carácter básico de la norma que establece ese deber. Pero se añade una previsión tangencial que merece ser citada.

2.6.1. Lo que confirma

Lo que he dicho que se confirma cabe verlo en la redacción que esa Ley 57/2003 da al artículo 70.2 de la LRRL, así como en el tenor de su disposición final primera.

2.6.1.1. La nueva redacción del artículo 70.2

Dice así:

“2. Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la ley. Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales, se publicarán en el *Boletín Oficial de la Provincia* y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2 salvo los presupuestos y las ordenanzas fiscales que se publican y entran en vigor en los términos establecidos en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales. Las administraciones públicas con competencias urbanísticas deberán tener, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias completas del planeamiento vigente en su ámbito territorial.”

Nada nuevo, pues, en el tema que nos ocupa.

2.6.1.2. El carácter básico de la norma

En efecto, la disposición final primera de la Ley 57/2003 dice, bajo el epígrafe de habilitación competencial, lo siguiente:

“Los preceptos contenidos en esta ley, salvo la disposición adicional novena de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, constituyen legislación básica del Estado en materia de régimen local, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución.”

2.6.2. Previsión tangencial

Esa Ley 57/2003 añade a la LRRL, entre otros, el artículo 70 bis, que responde a la preocupación por hacer efec-

tiva la participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local. De él, sólo me fijo ahora en su número 3, en el que se dispone lo siguiente:

“Asimismo, las entidades locales y, especialmente, los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas.

“Las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares colaborarán con los municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan desarrollar en grado suficiente el deber establecido en este apartado.”

Y me fijo porque, a mi juicio, esa utilización de las tecnologías de la información y la comunicación puede ser un medio muy apto para dar debida publicidad a los instrumentos urbanísticos. La publicación de las normas urbanísticas debe ser complementada con una publicidad de aquello que no necesita serlo, que resulte más eficaz que el medio previsto de tener a disposición de los ciudadanos copias de dichos instrumentos. Una sugerencia en este sentido, la hago en el apartado que dedico a las conclusiones.

3. Tipología de situaciones

Al analizar las sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado en la última década sobre el tema objeto de esta ponencia, se comprueba que en todas ellas (con la única excepción –salvo error u omisión en la búsqueda– de la de fecha 15 de julio de 2003, dictada en el recurso de casación número 7156 de 2000) ha seguido la doctrina establecida en aquellas de revisión, con indicación, clara y rotunda, de que la Ley 39/1994 no vino, ni por el tenor literal de la redacción que dio a aquel artículo 70.2, ni por el espíritu y finalidad que guió la reforma, a introducir elemento normativo alguno que exigiera su modificación.

Esa doctrina, así mantenida, ha determinado que la ausencia de publicación de las normas urbanísticas de los planes constituya *ratio decidendi* al enjuiciar la conformidad o disconformidad a Derecho de actos administrativos relativos a:

a) Licencias urbanísticas [STS de 7 de febrero de 1994 (recurso de apelación 11630 de 1990) que ante la denegación de una licencia de apertura de una actividad clasificada, fundada en el artículo 30.1 del Reglamento de actividades y, más en concreto, en razones urbanísticas, cuales eran la inclusión de la finca en una zona calificada como espacio forestal de interés recreativo por un plan especial provincial, no publicado, anuló la denegación –en cuanto la falta de publicación impedía la entrada en vigor del plan en cuestión que, por tanto, no podía

servir de fundamento para impedir la continuación del expediente— y ordenó la continuación de éste; 1 de julio de 1997 (apelación 13141 de 1991), que confirma la anulación de una licencia de construcción de viviendas de protección oficial porque el plan general de ordenación urbana a cuyo amparo se había otorgado no había sido publicado, revocando en cambio el pronunciamiento de demolición de lo construido pues parece evidente que antes de ordenar la demolición habrá de comprobarse si la licencia concedida es ajustada a Derecho con el planeamiento que estaba en vigor cuando la misma fue solicitada; 10 de abril de 2000 (casación 5410 de 1994), que contiene la interesante consideración de que la publicación del Plan seis meses después del otorgamiento de la licencia que pretendía ampararse en él no hace que dicha licencia devenga conforme a Derecho, pues la eficacia retroactiva de la publicación requiere que no se lesionen con ello derechos e intereses legítimos de otras personas, lo que no se cumplía en el caso enjuiciado, y que deja a salvo el problema de si la edificación es o no legalizable, problema que acaso pueda presentarse en ejecución de sentencia, como una posible causa de inejecución de la misma; y 16 de abril de 2004 (casación 4858 de 2001), que confirma la validez de una licencia de obras otorgada con arreglo al planeamiento urbanístico anterior porque en la fecha en que se otorgó aun no se habían publicado las normas urbanísticas del nuevo plan general de ordenación urbana, que carecía, así, de eficacia, y que añade una interesante consideración sobre la adquisición por silencio de las licencias urbanísticas relacionada con el plazo de vigencia de la suspensión automática del otorgamiento de licencias que produce la aprobación inicial del Plan general, a saber: la suspensión que conllevó esa aprobación inicial tuvo unos efectos limitados hasta el momento de la aprobación definitiva, sin que el hecho de la falta de publicación de las normas urbanísticas y la consiguiente ineficacia del planeamiento definitivamente aprobado prolongase esa suspensión hasta el límite máximo de dos años a que alude el artículo 27.3 del TR 1976, pues este plazo más dilatado de suspensión se preveía para los supuestos en que no hubiese recaído la aprobación definitiva, pero en el caso enjuiciado ésta se produjo, si bien la falta de publicación de las normas urbanísticas privó de eficacia al nuevo planeamiento.

b) Delimitación de unidades de actuación, proyectos de reparcelación y/o de urbanización, cuotas de urbanización [STS de 20 de febrero de 2001 (casación 1407 de 1996) que confirma la declaración de nulidad de pleno derecho, ex artículo 47.1.c) de la Ley de procedimiento administrativo, de un proyecto de reparcelación por no haber sido publicadas en la fecha de su aprobación ni las ordenanzas del plan parcial ni las normas urbanísticas de la revisión del plan general de ordenación urbana que el referido proyecto ejecutaba, razonando, y ello

es de interés, que admitir que se aprueben y cobren existencia actos subordinados a dichas normas de planeamiento implica necesariamente dotar de eficacia a normas aún no publicadas: aprobar un acto subordinado a ella constituye, en definitiva, una forma de ejecución de la norma no publicada. Dicha posibilidad no puede ser admitida; 22 de junio de 2001 (casación 8262 de 1996), en la que se repite este mismo razonamiento también a propósito de un proyecto de reparcelación; 27 de julio de 2001 (casación 8876 de 1996), que anula los actos administrativos que aprobaron definitivamente la delimitación del polígono único de actuación del plan parcial y el proyecto de reparcelación de éste, por falta de publicación de las normas de dicho plan parcial, y cuyos razonamientos son de sumo interés por exponer el criterio del Tribunal sobre el significado de la reforma operada por la Ley 39/1994, que —se dice— ni vino a rectificar la doctrina jurisprudencial sobre la necesaria publicación de los planes ni tuvo por finalidad restringir la originaria redacción del precepto; su finalidad la dice muy claramente su Exposición de motivos y es (aparte de mejorar su redacción) la de “resaltar la obligación constitucional de publicar en el Boletín Oficial de la Provincia las normas urbanísticas y ordenanzas contenidas en los instrumentos de planeamiento”, de forma que así “se garantiza la publicidad de las normas”; 25 de octubre de 2001 (casación 1503 de 1996), que anula un proyecto de reparcelación por falta de publicación del Plan parcial del que dimana y que tiene de especial interés la afirmación de que la necesidad de publicación subsiste pese a la redacción de los artículos 71 y 89 del Decreto legislativo 1/1990, de 12 de julio, que aprueba el Texto refundido de legislación vigente en materia de urbanismo de Cataluña, ya que como declaran las sentencias de esta Sala de 20 de septiembre y 9 de febrero de 2001, la materia que nos ocupa se refiere a la eficacia de las normas jurídicas, cuya competencia es de la exclusiva competencia del Estado —artículo 149.1.8 de la Constitución—, por lo que la interpretación de aquellos preceptos ha de cohonestarse con lo establecido en el artículo 70.2 de la Ley de bases del régimen local; 12 de noviembre de 2001 (casación 4749 de 1997), que acoge la petición de paralización de unas obras de urbanización que se estaban llevando a cabo en ejecución de unos instrumentos de planeamiento cuyas normas no se habían publicado, y de anulación de los proyectos de urbanización y de reparcelación, y que reitera el razonamiento del que acabo de dar cuenta, así como el antes visto sobre el significado de la reforma operada por la Ley 39/1994; 22 de noviembre de 2001 (casación 4980 de 1997), que anula el acuerdo de suspensión de licencias derivado de la iniciación de un expediente de reparcelación por falta de publicación de las normas subsidiarias que servían de apoyo jurídico a dicho acuerdo; 20 de mayo de 2002 (casación 4997 de 1998),

que anula los proyectos de reparcelación y urbanización, por cuanto la delimitación de las unidades de actuación se encontraba en unas normas subsidiarias no publicadas, y en la que se repite el argumento de que un plan no publicado puede ser válido, pero es ineficaz y por ello resulta inhábil para servir de soporte a actos derivados de él; admitir que se aprueben y cobren existencia actos subordinados implica necesariamente dotar de eficacia a normas aún no publicadas; aprobar un acto subordinado a ellas constituye, en definitiva, una forma de ejecución de las normas no publicadas; posibilidad que no puede ser admitida; y 10 de octubre de 2002 (dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina 5846 de 1998), que confirma la anulación de una liquidación girada por cuotas de urbanización, por ser nulo el proyecto de urbanización del que traía causa al no estar publicado el plan en cuya ejecución fue aprobado dicho proyecto.

c) Expropiaciones [STS de 25 de mayo de 1999 (casación 1620 de 1995)], que anula un proyecto de expropiación por falta de publicación de los instrumentos de planeamiento de que trae causa; y 24 de diciembre de 2002 (casación 8914 de 1997), que anula un acuerdo que aprobaba definitivamente la relación de bienes y derechos que habían de ser expropiados para la ampliación de un cementerio municipal prevista en el plan general de ordenación urbana, al no haberse publicado las normas urbanísticas de éste y carecer, así, de eficacia, con la consecuencia de que su aprobación no desplegaba el efecto de implicar –artículo 64.1 del TR 1976– la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos; sentencia, esta última, que contiene una valiosa síntesis de la jurisprudencia sobre el tema objeto de esta ponencia.

d) Plan parcial que es desarrollo de unas normas subsidiarias no publicadas, cuya nulidad de pleno derecho declaró la STS de 28 de abril de 2004 (casación 7051 de 2001), en la que se contiene (al igual que la de fecha 2 de junio de 2004, casación 6294 de 2000) una ilustrativa transcripción de sentencias sobre el tema.

e) Sistemas de ejecución. Conformidad a Derecho de los acuerdos que, para convalidar el defecto de una junta de compensación constituida antes de la publicación de las ordenanzas del Plan que se trataba de ejecutar, ordenaban convocar Junta General Extraordinaria para que procediera a esa convalidación y apercibían de proceder al cambio del sistema de ejecución en caso contrario (STS de 30 de marzo de 2004, dictada en el recurso de casación número 5178 de 2001).

Además, cabe ver en esa jurisprudencia dos afirmaciones sumamente importantes: Una, conforme a la cual, la exigencia de publicación completa de las normas de los planes urbanísticos se introduce en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de suerte que, afectando a normas futuras, dejaba intactas las anteriores que hubieran sido

gestadas conforme a la normativa vigente a la sazón (STS de 16 de julio de 1997, dictada en el recurso de apelación número 13929 de 1991, y 28 de septiembre de 2002, dictada en el recurso de casación número 9507 de 1998), no siendo necesaria, pues, la publicación si se trata de un plan anterior a la entrada en vigor de la Ley 7/1985 (STS de 6 de julio de 2000, dictada en el recurso de casación número 878 de 1995). Y otra, según la cual la falta de publicación de las Normas Urbanísticas condiciona la vigencia entera del Plan (STS de 3 de diciembre de 2001, casación 5126 de 1997); la trascendencia de este pronunciamiento en el tema objeto de la ponencia aconseja que transcriba sus razonamientos, que, en lo que ahora importa, son del siguiente tenor literal:

“[...] *Primero*. Don Manuel L. A. interpone, al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de marzo de 1997, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por él contra el acuerdo del Ayuntamiento de Águilas de 24 de enero de 1994 que le denegó licencia para la construcción de un edificio en la calle La Gloria núm. [...].

“*Segundo*. El Ayuntamiento de Águilas denegó la citada licencia por referirse a un proyecto de construcción de un edificio de tres plantas en una zona del casco antiguo en que el Plan general de ordenación urbana del municipio permitía únicamente dos y el recurrente impugnó ese acuerdo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia alegando que se le había aplicado un plan que no estaba aún en vigor, puesto que sus normas urbanísticas no fueron publicadas en el *Boletín Oficial* de la comunidad autónoma sino cinco meses después de la fecha en que se solicitó la licencia de obras, que se ajustaba al planeamiento anterior. El Tribunal Superior de Justicia, aun reconociendo este hecho, desestimó el recurso teniendo en cuenta que el acuerdo de aprobación definitiva del nuevo plan –aunque no el texto íntegro de sus normas urbanísticas– se había producido en fecha anterior a la de solicitud de la licencia y que las reglas sobre número de plantas edificables se contenían en los planos de ordenación pero no en las Normas Urbanísticas, de donde concluyó que la falta de eficacia derivada de la falta de publicación en el *Boletín Oficial* de la comunidad sólo puede referirse a las determinaciones del Plan recogidas en sus normas urbanísticas, que son los únicos documentos que precisan de esa forma de publicidad, pero no a otras, como las relativas al número de plantas edificables, que se reflejan en los correspondientes planos, cuya eficacia se condiciona a la aprobación [*sic*; debe entenderse que hay un error en el texto y que donde dice *aprobación* quiere decir *publicación*] del acuerdo de aprobación definitiva del plan. Según la sentencia de instancia las determinaciones

sobre el número de plantas de los edificios aplicables a la solicitud de licencia referida son las del nuevo plan, aunque hayan de continuar teniéndose en cuenta para todo lo que sea menester, las determinaciones de las normas urbanísticas del anterior.

“[...]”

“Cuarto. En su segundo motivo de casación la parte recurrente invoca el artículo 70.2 de la Ley reguladora de las bases de régimen local núm. 7/1985, de 2 de abril, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala, que desde las sentencias de la Sala de Revisión de 11 de julio y 29 de octubre de 1991 declara repetida y uniformemente que la entrada en vigor de los planes urbanísticos está condicionada a la íntegra publicación de sus normas urbanísticas en el *Boletín Oficial* correspondiente.

“Es claro, según expresa el antes citado precepto, que este deber de publicación alcanza únicamente a las normas urbanísticas de los planes pero no a los demás documentos que los integran, respecto a los cuales la exigencia de publicidad se entiende cumplida con la publicación del acuerdo de aprobación definitiva del plan y la posibilidad de consulta de aquéllos en las oficinas municipales.

“Lo que no ha resuelto la jurisprudencia citada, al menos de un modo expreso, es si cabe entender vigentes tras la publicación del acuerdo de aprobación definitiva de un plan las determinaciones del mismo que deban reflejarse en sus planos o en su memoria aunque no se haya publicado el texto íntegro de sus normas urbanísticas. La sentencia de instancia así lo entiende pero, como para decidir sobre la licencia solicitada el conocimiento del número máximo de plantas autorizable no es el único parámetro a tener en cuenta sino que ha de atenderse a otros que se encuentran en las normas urbanísticas, fracciona el contenido del plan y ordena que se aplique el nuevo plan en cuanto al número de plantas y las normas urbanísticas del plan anterior en cuanto a las restantes determinaciones que sean de aplicación, lo que pone de relieve lo insatisfactorio de la solución adoptada.

“El plan es único aunque se componga de distintos elementos, porque todos ellos coadyuvan a la misma finalidad de ordenación del ámbito territorial a que se refieran. No cabe aceptar, por tanto, que junto a las determinaciones de un nuevo plan mantengan su vigencia las del derogado por él. Normas urbanísticas y planos de ordenación no son elementos estancos, aunque tampoco estos últimos son simple expresión gráfica de lo indicado en la normativa urbanística. Con independencia de las normas urbanísticas los planos no tienen virtualidad alguna. Unas y otros son elementos imprescindibles para que el plan tenga existencia, y la falta de publicación de las normas urbanísticas condiciona la vigencia entera del plan. Por eso la entera vigencia del

plan queda condicionada a la completa publicación de sus normas en el *Boletín Oficial* que corresponda [...]”.

4. Conclusión

Es clara, pues, la obligación de publicación en un *Boletín Oficial* (a mi juicio, en el de la provincia o en el que haga sus veces) de las normas urbanísticas de los planes y demás instrumentos de ordenación urbana; y es también claro que el incumplimiento de tal obligación determinará la nulidad de pleno derecho de los instrumentos de ordenación derivados y la anulabilidad de los actos administrativos que necesiten como sustento jurídico el instrumento de ordenación al que aqueja la ineficacia derivada de aquel incumplimiento.

Esas son las conclusiones que de *lege data* cabe extraer. Pero no quiero detener ahí las mías particulares, pues de *lege ferenda* creo que aun han de darse otros pasos. En el tema analizado está en juego aquella garantía constitucional de la publicidad de las normas y, con ello, la necesidad de que el sistema de publicidad que esté establecido satisfaga la exigencia de que los destinatarios de las normas urbanísticas tengan la efectiva oportunidad de conocerlas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido.

Pero también está en juego algo más: la participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local y, muy en concreto, en los procesos de planeamiento y gestión (ver aquella Ley 57/2003 y antes lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril); y la eficacia del instrumento de control que supone la acción publica en materia de urbanismo (artículo 304 del TR 1992, que no fue derogado por la Ley 6/1998).

Y si todo eso está en juego, creo que el deber de publicación tan sólo de las normas urbanísticas es insuficiente, pues, como ya apunté, la cabal comprensión de algunas de esas normas puede requerir la percepción al unísono de alguno o algunos de los otros documentos que integran un plan, como, por ejemplo, la memoria o los planos de ordenación; y creo que el sistema de publicidad que establecen los artículos 164 y siguientes del RPU lo es también, y aun de modo más acusado, pues es difícil que garantice que los ciudadanos, todos ellos y no sólo unos pocos preocupados por el régimen de alguna o de algunas concretas fincas, puedan conocer, con comodidad y sin el albur de la predisposición favorable de los funcionarios, todo lo que quieran conocer.

Para satisfacer lo que demanda aquella garantía constitucional; para promover aquella participación y para procurar la eficacia real de aquel instrumento de control, bueno sería que, al hilo de la previsión del nuevo artículo 70 bis de la LRBRL, introducido por la Ley 57/2003, se estableciera la obligación de que el contenido íntegro de todos los planes y demás instrumentos de ordenación urbana aplicables en un municipio se refle-

jara en la página web de su ayuntamiento. El sistema no parece nada complejo ni costoso, si se piensa que hoy será de todo punto usual la utilización de los mecanismos informáticos en la elaboración y documentación de aquellos instrumentos de ordenación urbana. Y sería muy útil, por la facilidad que tales mecanismos proporcionan para la consulta, por muchos, por todos los que lo deseen, en cualquier momento y para una consulta que permita interrelacionar los distintos instrumentos y sus múltiples documentos y permita percibir desde el territorio afectado en su globalidad hasta la más pequeña de sus parcelas. ■

Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea*

David Ordóñez Solís
Magistrado

1. Introducción.
2. Subvenciones: las “ayudas de Estado” y los “fondos europeos” en la Unión Europea.
 - 2.1. Las subvenciones y el funcionamiento del mercado: el régimen comunitario de ayudas de Estado. 2.1.1. El régimen constitucional comunitario de las ayudas de Estado. 2.1.2. Los desarrollos reglamentarios a partir de 1998 del régimen comunitario de ayudas de Estado. 2.2. Las subvenciones de las políticas públicas: las intervenciones financieras comunitarias. 2.2.1. La financiación de las políticas europeas: el caso de la política agrícola comunitaria. 2.2.2. Las subvenciones de los fondos estructurales europeos. 2.2.3. La financiación de otras políticas comunitarias europeas. 2.2.3.1. La financiación europea de la política de medio ambiente: el programa LIFE. 2.2.3.2. La financiación europea de acciones en el espacio de libertad, seguridad y justicia. 2.3. Subvenciones, ayudas de Estado y fondos europeos en España: la Ley general de subvenciones. 2.3.1. El régimen de ayudas de Estado en la Ley general de subvenciones de 2003. 2.3.2. La gestión de los fondos europeos en la Ley general de subvenciones de 2003.
3. Administraciones: el control de las ayudas de Estado por la Comisión y la gestión de los fondos europeos por las administraciones nacionales.
 - 3.1. La Comisión Europea, las administraciones nacionales y las empresas en el régimen comunitario de ayudas de Estado. 3.1.1. Los poderes de control de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado. 3.1.2. Las obligaciones de las administraciones nacionales: la notificación de nuevas ayudas y la recuperación de ayudas ilegales. 3.1.3. Las empresas beneficiarias de ayudas de Estado y sus empresas competidoras. 3.2. La Comisión Europea, las administraciones nacionales y la gestión de los fondos europeos. 3.2.1. La Comisión Europea: la gestión y el control de los fondos europeos. 3.2.2. Las administraciones nacionales, la gestión de los fondos europeos y el control financiero. 3.3. Administraciones, ayudas de Estado y fondos europeos en España. 3.3.1. La concesión, la notificación y la recuperación de las ayudas de Estado en España. 3.3.1.1. La concesión por las administraciones españolas y la notificación de las ayudas de Estado a la Comisión Europea. 3.3.1.2. La recuperación por las administraciones españolas de las ayudas de Estado incompatibles e ilegales. 3.3.2. La coordinación, la cooperación y la responsabilidad administrativa en la gestión de los fondos europeos en España. 3.3.2.1. La coordinación y la cooperación entre las administraciones españolas en la gestión de los fondos europeos. 3.3.2.2. La recuperación de fondos europeos y la ventilación interna de responsabilidades financieras de las administraciones españolas.
4. Jueces: el control judicial europeo y nacional de las ayudas de Estado y de los fondos europeos.
 - 4.1. El control judicial del régimen comunitario de ayudas de Estado. 4.1.1. El régimen de ayudas de Estado y los tribunales comunitarios: control de legalidad de las instituciones europeas y control del incumplimiento de las autoridades nacionales. 4.1.2. Las ayudas de Estado, los tribunales nacionales y los reenvíos prejudiciales al Tribunal de Justicia. 4.2. El control judicial de la gestión de los fondos europeos. 4.2.1. El control por los tribunales comunitarios de la gestión de los fondos europeos. 4.2.2. El control por los jueces nacionales de la gestión de los fondos europeos por las administraciones nacionales y el reenvío prejudicial. 4.3. Jueces, control de ayudas de Estado y gestión de fondos europeos en España. 4.3.1. El régimen de ayudas de Estado españolas ante los tribunales comunitarios y ante los jueces españoles. 4.3.2. La gestión de los fondos europeos ante los tribunales comunitarios y españoles. 4.3.2.1. Los tribunales comunitarios y la gestión de fondos europeos en España: la liquidación de cuentas. 4.3.2.2. El Tribunal Constitucional español y los conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en la gestión de fondos europeos. 4.3.2.3. Los jueces españoles y el control contencioso-administrativo de la gestión de los fondos europeos en España.
5. Conclusión.

*Magistrado, doctor en Derecho y licenciado especial en Derecho europeo por la Universidad de Bruselas. Este trabajo constituye la base de una conferencia pronunciada en el Curso sobre Derecho Comunitario Europeo, organizado por la Junta de Extremadura y el Consejo General del Poder Judicial, que se celebró en Mérida, los días 24 a 26 de noviembre de 2004.

Agradezco a los organizadores su invitación y, en especial, al vicepresidente de la Junta, Don Ignacio Sánchez Amor, y al letrado de la Junta, Don Pedro Olmos Díaz, que me hayan encomendado el desarrollo de la ponencia.

1. Introducción

En la Unión Europea las relaciones entre subvenciones, administraciones y jueces resultan especialmente relevantes si tenemos en cuenta que los poderes públicos, por ejemplo las administraciones, actúan en muchos casos mediante una intervención de carácter financiero, tal como se refleja de modo particular en las últimas décadas de consolidación e incluso de revisión del modelo del Estado del bienestar; y, del mismo modo, todo lo público y todo ejercicio del poder en un Estado de derecho debe estar sometido al control judicial.

Pues bien, en la Unión Europea las subvenciones constituyen un modo de intervención pública que presenta fundamentalmente dos dimensiones: por una parte, las subvenciones son un instrumento en manos de las autoridades nacionales que en ningún caso debería distorsionar la libre competencia en el mercado común ayudando a unas empresas en detrimento de otras; en esencia, éste es el objetivo del régimen denominado de “ayudas de Estado”; pero también las subvenciones son el instrumento esencial para el desarrollo de determinadas políticas, como la tradicional política agrícola comunitaria o como las políticas desarrolladas más recientemente en materia de cohesión económica y social; en este caso las subvenciones se identifican en la Unión Europea con los “fondos europeos”.

Del mismo modo, la relación de las administraciones con las subvenciones puede abordarse en la Unión Europea desde dos perspectivas totalmente distintas, y en las que se invierten los papeles que representan los actores principales: la Comisión Europea, que actúa como verdadera “Administración de la Unión Europea”, y las “autoridades nacionales” encarnadas decididamente por las administraciones nacionales. En el régimen comunitario de ayudas de Estado la relación entre la Comisión Europea y las administraciones nacionales es de jerarquía y de control de aquélla sobre éstas en la medida que es a la Comisión Europea a quien corresponde el poder de vigilar que las ayudas que concedan las administraciones nacionales a las empresas no distorsionen el funcionamiento del mercado común. En cambio, en cuanto se refiere a la gestión de los fondos europeos, las relaciones entre la Comisión Europea, a quien corresponde la ejecución del presupuesto europeo, y las administraciones nacionales, que cofinancian y canalizan la mayor parte de los fondos comunitarios, es de inexorable colaboración con el fin de aplicar conveniente y eficazmente desde un punto de vista administrativo y financiero las políticas comunitarias (política agrícola, política regional, política medioambiental, etcétera).

En fin, la función que en este ámbito de las subvenciones y de su concesión por las administraciones corresponde a los jueces es esencial, pero su intervención se reparte de distinta manera entre los jueces comunitarios y los jueces nacionales. En efecto, en la aplicación del régimen comunitario de ayudas de Estado los protagonistas del control son indudablemente los tribunales comunitarios a los que corresponde un control de legalidad de la actuación de la Comisión Europea en la interpretación y en la aplicación del régimen comunitario de ayudas de Estado. De hecho, tanto el Tribunal de Primera Instancia como el Tribunal de Justicia actúan, principalmente, al modo de jueces contencioso-administrativos que revisan la legalidad de los actos administrativos adoptados por la Comisión Europea respecto de la concesión de ayudas a las empresas por las administraciones nacionales; queda, por tanto, para los jueces nacionales una función bastante residual de control del cumplimiento por las distintas administraciones nacionales de la obligación de notificar a la Comisión Europea las ayudas que concedan a las empresas. En cambio, en la aplicación de los fondos europeos y dado el sistema comunitario elegido de descentralización de la gestión, el control de legalidad corresponde, sustancialmente, a los tribunales nacionales que deben vigilar el adecuado cumplimiento de la regulación comunitaria y nacional en materia de subvenciones agrarias, de fomento económico, de protección medioambiental, etc.; pero también los tribunales comunitarios mantienen un control de las subvenciones gestionadas directamente por la Comisión Europea, así como de las relaciones interadministrativas entre la Comisión y las administraciones nacionales.

El objetivo del presente estudio consiste en exponer las dos perspectivas de las subvenciones y resaltar el protagonismo concedido a las administraciones y a los jueces en la aplicación y en el control del régimen de ayudas de Estado y en la gestión de los fondos europeos en el marco del Derecho de la Unión Europea. Este ejercicio pretende tener una aplicación práctica en la medida en que la comprensión de los distintos mecanismos subvencionadores –administrativos y jurisdiccionales– permiten conocer mejor el sentido de una regulación reciente y de especial importancia en España como ha sido la Ley general de subvenciones que, de algún modo, sirve para presentar algunos de los problemas que ha planteado la integración europea y las soluciones alcanzadas en este ámbito por las administraciones y por los jueces españoles.¹

La estructura del análisis es sumamente simple, en la medida en que se agrupa el examen en torno a los tres elementos fundamentales antes referidos: las subven-

1. Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (BOE núm. 276, de 18 de noviembre).

ciones –en cuanto ayudas de Estado y como fondos europeos–; las administraciones –que están encarnadas por la Comisión Europea y por las administraciones nacionales; y, en fin, los tribunales comunitarios y los jueces nacionales –que cumplen un papel muy distinto, aunque en todo caso complementario, según se elija una u otra perspectiva en su consideración como ayudas de Estado o en su manifestación de fondos europeos.

Para no perderse en complejidades jurídicas inútiles, al final de cada capítulo se hará referencia a la experiencia española, que ofrece un elenco suficientemente amplio para ilustrar lo que significa la aplicación del régimen comunitario de ayudas de Estado y para comprender la dimensión que ha tenido la canalización en España de los distintos fondos europeos; perspectivas que, como ya se ha comentado, concurren, ciertamente de modo disimulado, en la reciente Ley general de subvenciones, en cuyo preámbulo se reconoce: “Gran parte de las relaciones financieras entre España y la Unión Europea se instrumentan mediante subvenciones financiadas, total o parcialmente, con fondos comunitarios, que exigen, por tanto, la necesaria coordinación. Por otra parte, es igualmente necesario observar las directrices emanadas de los órganos de la Unión Europea en materia de ayudas públicas estatales y sus efectos en el mercado y la competencia.”

2. Subvenciones: las “ayudas de Estado” y los “fondos europeos” en la Unión Europea

La doble dimensión de las subvenciones, como “ayudas de Estado” y como “fondos europeos”, está bien definida en los propios tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Por una parte, al regular la libre competencia en el mercado común se establecen unas normas constitucionales específicas relativas a las “ayudas a las empresas”; pero también, por otra parte, embrionariamente en los tratados constitutivos se hacía referencia al presupuesto europeo y a la importancia que en el desarrollo de las distintas políticas comunitarias tendría la financiación europea.

Mientras que la regulación de las ayudas de Estado apenas se ha modificado desde la creación de las Comunidades Europeas, las previsiones constitucionales sobre la financiación europea y sobre los distintos fondos europeos no han dejado de aumentar en las sucesivas reformas constitucionales, principalmente en el Acta Única Europea de 1986 y en el Tratado de Maastricht de 1992, y en los términos en que, una vez que entre en vigor, se ha codificado en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 29 de octubre de 2004.

Así pues, es preciso determinar el régimen al que están sometidas las subvenciones, procedentes principalmente de los presupuestos nacionales (“ayudas de Estado”), y la entidad y el alcance de las subvenciones, que tienen su origen en el presupuesto de la Unión Europea (“fondos europeos”), aunque en ocasiones, cada vez más frecuentemente, también haya una contribución financiera de los presupuestos nacionales, o sea, una cofinanciación nacional.

2.1. Las subvenciones y el funcionamiento del mercado: el régimen comunitario de ayudas de Estado

El régimen comunitario de ayudas de Estado constituye un mecanismo de control y de prevención de obstáculos al funcionamiento del mercado interior europeo en virtud del cual se obliga a las administraciones nacionales a notificar previamente a la Comisión Europea, quedando sometidas a su control permanente cualquier tipo de ayuda o subvención concedida por las autoridades nacionales y que puede afectar al mercado común.

A partir de la regulación contenida ya desde 1957 en los artículos 92 a 94 del Tratado CE se desarrolló un régimen comunitario de ayudas de Estado que fue aplicado por la Comisión Europea bajo la supervisión del Tribunal de Justicia. A finales de los años noventa se adoptaron normas de desarrollo a través de los reglamentos del Consejo y de la Comisión Europea, que constituyen en estos momentos el marco normativo de las ayudas de Estado.

La clave de la regulación comunitaria radica en el amplio concepto de “ayuda de Estado” que deriva del Tratado CE tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, y que desborda, desde luego, el propio concepto de subvención.

2.1.1. El régimen constitucional comunitario de las ayudas de Estado

El régimen de libre competencia en el mercado común representa un elemento esencial de la integración europea. En el Tratado CE la defensa de la libre competencia se lleva a cabo de manera especial respecto del comportamiento de las empresas pero también se tienen en cuenta las intervenciones públicas, particularmente las ayudas concedidas por las autoridades nacionales a las empresas.²

El régimen de ayudas de Estado se fundamenta en el concepto establecido por el artículo 87 (antiguo artículo 92) del Tratado CE tal como ha sido interpretado y aplicado por el Tribunal de Justicia. En efecto, el tenor del artículo 87.1 del Tratado CE es el siguiente:

2. Véase, con carácter general, mi estudio *Intervención pública, libre competencia y control jurisdiccional en el mercado único europeo*, Consejo

General del Poder Judicial y Fundación Wellington, Madrid, 2004.

“Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre estados miembros, las ayudas otorgadas por los estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.”

En la interpretación de esta disposición el Tribunal de Justicia ha establecido una definición amplia de ayuda, y a estos efectos ha reiterado infatigablemente: “El concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos.”

La liberalización de la economía en la Unión Europea y la realización del mercado único han permitido que tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia hayan abierto nuevos ámbitos sometidos al régimen comunitario de ayudas de Estado, incluyendo, por ejemplo, el tradicional sector de los servicios públicos –los servicios de interés económico general en los términos del artículo 16 del Tratado CE–. Sólo a título de ejemplo podría recordarse que el Tribunal de Justicia ha precisado en la Sentencia *Altmark Trans*, relativa a las subvenciones percibidas como consecuencia de una concesión de transporte local, en qué condiciones pueden considerarse compatibles con el régimen comunitario las ayudas concedidas por razón del servicio público.

“No obstante, para que a tal compensación no se le aplique, en un caso concreto, la calificación de ayuda de Estado, debe cumplirse una serie de requisitos.

“En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente deberá examinar, por tanto, si las obligaciones de servicio público impuestas a *Altmark Trans* se derivan claramente de la legislación nacional y/o de las licencias controvertidas.

“En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras.

“Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, la compensación por

parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, *a posteriori*, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.

“En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva.

“En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

“Se desprende de lo anterior que si las subvenciones públicas concedidas a empresas encargadas explícitamente de obligaciones de servicio público para compensar los costes ocasionados por la ejecución de estas obligaciones responden a los requisitos indicados en los apartados 89 a 93 de la presente sentencia, tales subvenciones no están sujetas al artículo 92, apartado 1, del Tratado. Por el contrario, la intervención estatal que no cumpla uno o varios de estos requisitos deberá considerarse una ayuda de Estado en el sentido de esta disposición.”³

En los anteriores criterios jurisprudenciales es visible la utilización de la doctrina tradicional en materia de ayudas de Estado y la incorporación al Derecho comunitario de los principios básicos relativos a la contratación pública que, en definitiva, procuran la máxima transparencia y evitan, en la medida de lo posible, la distorsión de la competencia en el mercado europeo.

3. TJ CE, Sentencia de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans GmbH* (C-280/00, Rec. p. I-7747, apartados 88 a 94).

2.1.2. Los desarrollos reglamentarios a partir de 1998 del régimen comunitario de ayudas de Estado

Las últimas ampliaciones de la Unión Europea, el 1 de enero de 1995 hacia el norte de Europa (Suecia, Finlandia y Austria), y, especialmente, el 1 de mayo de 2004 hacia los países de Europa central y oriental, han propiciado la adopción de un nuevo enfoque del régimen comunitario de ayudas de Estado. Por una parte, se han establecido criterios más claros sobre determinadas categorías de ayudas de Estado; y, por otra, se han precisado aspectos procedimentales, lo que previamente y en ambos casos se había dejado en manos únicamente de los desarrollos administrativos de la Comisión Europea, sometida, desde luego, a la supervisión del Tribunal de Justicia. Los desarrollos reglamentarios tanto del Consejo como de la Comisión Europea pretenden establecer un régimen administrativo de notificación por las administraciones nacionales y de control por la Comisión Europea.

En primer lugar, el Consejo adoptó el Reglamento (CE) núm. 994/98, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales. Este reglamento autoriza a la Comisión Europea a “declarar, mediante reglamentos, en aquellos ámbitos en los que cuente con una experiencia suficiente para definir criterios generales de compatibilidad, que determinadas categorías de ayudas son compatibles con el mercado común en virtud de una o más de las disposiciones de los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado y quedan exentas del procedimiento previsto en el apartado 3 del artículo 93 del Tratado”.⁴

En aplicación de este reglamento, la Comisión Europea ha aprobado varios reglamentos de exención por categorías de ayudas de Estado que, básicamente, cubren los ámbitos más importantes de la actividad económica pública: el 12 de enero de 2001 la Comisión Europea adoptó el Reglamento 68/2001, relativo a las ayudas a la formación, el Reglamento 69/2001, sobre las ayudas *de minimis*, y el Reglamento 70/2001, referido a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas;⁵ asimismo, la Comisión Europea aprobó posteriormente el Reglamento (CE) núm. 2204/2002, de 12 de diciembre de 2002, respecto de las ayudas estatales para el empleo;⁶ el Reglamento (CE) núm. 1/2004 de la Comisión, de 23 de

diciembre de 2003, para las ayudas estatales para las pequeñas y medianas empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos agrarios;⁷ el Reglamento (CE) núm. 1595/2004, sobre ayudas estatales para las pequeñas y medianas empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca,⁸ y, en fin, el Reglamento (CE) núm. 1860/2004, de 6 de octubre, de ayudas *de minimis* en los sectores agrario y pesquero.⁹

De los anteriores reglamentos de la Comisión Europea interesa destacar, por su alcance, el que regula las denominadas ayudas de Estado *de minimis*, lo que, de acuerdo con el artículo 2.2 del referido reglamento significa la ayuda “concedida a cualquier empresa [que] no exceda de 100.000 euros en un período de tres años independientemente de la forma de la ayuda o del objetivo perseguido”.

Por otra parte, el Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, codifica y clarifica el procedimiento de control permanente de las ayudas existentes y de notificación de las nuevas ayudas, regulando los efectos de las ayudas ilegales, las ayudas incompatibles y las ayudas abusivas.¹⁰

2.2. Las subvenciones de las políticas públicas: las intervenciones financieras comunitarias

La financiación europea, es decir, la que procede del presupuesto de la Unión Europea, requiere que, aun siendo la Comisión Europea la responsable de la ejecución presupuestaria europea, se canalice a través de las administraciones nacionales. Así ocurre en el caso de la financiación de los fondos agrícolas, aunque cada vez con más frecuencia también en el ámbito agrario los proyectos realizados en los distintos estados miembros se cofinancian mediante fondos comunitarios y nacionales, tal como viene siendo tradicional en el caso de los fondos estructurales. Debe tenerse en cuenta que alrededor del ochenta por ciento del presupuesto europeo se destina a fondos agrarios y a fondos estructurales.¹¹

En la Unión Europea la efectividad de sus políticas está vinculada en muchos casos al apoyo del presupuesto comunitario. Ahora bien, para canalizar los fondos europeos el procedimiento seguido en unas y otras

4. DOCE núm. L 142, de 14 de mayo de 1998, pág. 1.

5. DOCE núm. L 10, de 13 de enero de 2001, pág. 20, 30 y 33, respectivamente.

6. DOCE núm. L 337, de 13 de diciembre de 2002.

7. DOUE núm. L 1, de 3 de enero de 2004, pág. 1.

8. DOUE núm. L 291, de 14 de septiembre de 2004, pág. 3.

9. DOUE núm. L 325, de 28 de octubre de 2004, pág. 4.

10. DOCE núm. 83, de 27 de marzo de 1999, pág. 1.

11. Por ejemplo, el Presupuesto general de la Unión Europea con veinti-

cinco estados miembros ascendía el 1 de mayo de 2004 a 99.724.386.671 euros (DOUE núm. C 105, de 30 de abril de 2004, pág. 1); un 46% de este presupuesto comunitario se destina básicamente a la financiación del Feoga-Garantía (45.693 millones de euros); asimismo, las acciones estructurales æ-FEDER, FSE, Feoga-Orientación, IFOP y Fondo de Cohesión suponen 30.882 millones de euros, es decir, aproximadamente un 31% del total presupuestario; y a las denominadas políticas internas y a las acciones exteriores se destinan respectivamente, 7.510 y 4.950 millones de euros, lo que representa un 7,5% y un 5%, respectivamente, del presupuesto para 2004.

políticas comunitarias resulta muy similar. En este sentido, basta con examinar el nuevo Reglamento financiero general y la regulación de los distintos fondos comunitarios, que en los últimos años han experimentado una clara convergencia en cuanto al modelo de gestión, preferentemente descentralizado, que se ha adoptado.¹²

El reparto de los fondos europeos se lleva a cabo en las dos últimas décadas a través de la adopción por los respectivos consejos europeos de las denominadas "Perspectivas financieras plurianuales" presentadas previamente por la Comisión Europea: el Paquete Delors I (1989-1993), el Paquete Delors II (1994-1999), la Agenda 2000 (2000-2006) y en julio de 2004 la Comisión Europea presidida por Romano Prodi ha propuesto las líneas maestras de lo que será la financiación para el próximo periodo 2007-2013.¹³

2.2.1. La financiación de las políticas europeas: el caso de la política agrícola comunitaria

La política comunitaria por antonomasia es la agrícola, debido a que hasta ahora se ha dedicado una parte sustancial del presupuesto europeo al sostenimiento de los precios agrarios a través de las respectivas organizaciones comunes de mercado de los distintos productos agrícolas. Si bien en estos momentos los fondos agrarios ya no llegan a la mitad del presupuesto, no debe olvidarse que hace dos décadas el Feoga-Garantía canalizaba más de las tres cuartas partes de toda la financiación europea disponible.

También hasta hace poco la financiación a través del Feoga-Garantía era plenamente europea, de tal modo que, por lo general, el Fondo agrícola no necesitaba complemento financiero nacional. En cambio, la nueva política agrícola exigirá progresivamente una cofinanciación nacional.

En todo caso, la canalización de los fondos agrícolas ha sido regulada hasta sus últimos detalles y ha establecido las distintas reglas y los diversos procedimientos de colaboración y de coordinación entre la Comisión Europea y las administraciones nacionales. Con este fin se han desarrollado los organismos pagadores, los organismos de certificación, los procedimientos de liquidación de cuentas o correcciones financieras, etc.; procedimientos que, poco a poco, se han generalizado para la gestión de los demás fondos europeos.

El Feoga-Garantía ha estado al servicio de la financiación del sostenimiento de los mercados agrícolas; aunque el Reglamento (CE) núm. 1257/1999 del Consejo, de

17 de mayo de 1999, sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (Feoga) ha incluido también en su ámbito de financiación el desarrollo rural adoptando, por tanto, los procedimientos de programación, la cofinanciación y la ejecución propia de los fondos estructurales.¹⁴

En las perspectivas financieras 2007-2012 se propone una continuidad en el modelo de gestión del Feoga-Garantía aunque la Comisión Europea pretende fortalecer la coordinación entre el Fondo Europeo de Garantía Agrícola –el actual Feoga-Garantía–, el Fondo Europeo de Desarrollo Rural –el equivalente al Feoga-Orientación aunque más autónomo respecto de los fondos estructurales– y el Fondo Europeo para la Pesca que sustituirá al actual IFOP.¹⁵

2.2.2. Las subvenciones de los fondos estructurales europeos

La financiación a través de los fondos estructurales (FEDER, Fondo Social Europeo, Feoga-Orientación e IFOP), así como del Fondo de Cohesión ha aumentado progresivamente, de manera especial a partir de la ampliación hacia los países del sur de Europa en los pasados años ochenta, lo que en estos momentos representa alrededor de un tercio de todo el presupuesto europeo.¹⁶

Las notas características de la intervención de los fondos estructurales son, sustancialmente, el procedimiento de programación, acordada por la Comisión Europea y las autoridades nacionales, y la necesidad de una cofinanciación de las autoridades nacionales, mayor o menor según el nivel de desarrollo económico de la zona donde se realice la intervención financiera comunitaria.

A partir de 1989 las intervenciones financieras estructurales se han coordinado mediante una regulación unitaria que, además de desarrollar procedimientos propios, paulatinamente ha ido adoptando mecanismos de gestión ensayados por el Feoga-Garantía, en especial por lo que se refiere a la intensificación de los controles administrativos y financieros y a las consiguientes liquidaciones de cuentas y correcciones financieras que determinan la modificación o la supresión de la ayuda concedida.

En la programación prevista para el periodo 2007-2013 los fondos estructurales serán objeto de modificaciones menores y, así por ejemplo, la Comisión Europea ha propuesto que los nuevos objetivos dejen de designarse

12. Félix van CRAEYENEST e Ilkka SAARILAHTI, "Le nouveau règlement financier applicable au budget général de l'Union européenne: un maillon essentiel dans la réforme de la Commission", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* núm. 474, enero de 2004, pág. 30-51.

13. COMISIÓN EUROPEA, *Perspectivas financieras 2007-2013*, COM (2004) 487 final, de 14 de julio de 2004.

14. DOCE núm. L 160, de 26 junio de 1999.

15. COMISIÓN EUROPEA, *Perspectivas financieras 2007-2013*, op. cit., pág. 19.

16. Sobre el origen y la evolución de las intervenciones estructurales, remito a mi estudio *Fondos estructurales europeos: régimen jurídico y gestión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

por números: objetivo 1, 2 y 3, y respondan a una nueva denominación. Pero lo que importa es que al objetivo de la “convergencia” se destinará el 78% de los fondos y en el mismo participarán el FEDER, el FSE y el Fondo de Cohesión; en el objetivo de la “competitividad regional y empleo” se gestionará un 18% del total de fondos mediante la participación del FEDER y del FSE; y el objetivo de la “cooperación territorial europea” se realizará a través del FEDER e instrumentará el cuatro por ciento restante del presupuesto de los fondos estructurales. En todo caso, la Comisión Europea y las administraciones nacionales compartirán la gestión administrativa y determinarán la contribución de una y otras a la cofinanciación de las intervenciones estructurales.

Prácticamente en los mismos términos, el Fondo de Cohesión contribuirá a la financiación de proyectos de infraestructura de transportes y de carácter medioambiental en aquellos países de la cohesión cuyo producto interior bruto no supere el noventa por ciento de la media de la Unión Europea.

2.2.3. La financiación de otras políticas comunitarias europeas

Desde un punto de vista cuantitativo la financiación europea de otras políticas comunitarias es casi insignificante. No obstante, conviene examinar dos ámbitos que, por distintas razones, tienen un interés particular como es el de medio ambiente y el referido a la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia.

2.2.3.1. La financiación europea de la política de medio ambiente: el programa LIFE

En materia de financiación europea la política de medio ambiente está presidida por un principio que enuncia el artículo 175.4 del Tratado CE en los siguientes términos: “Sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario, los estados miembros tendrán a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente.”

Aun cuando los fondos agrarios y los fondos estructurales han contribuido expresamente a la financiación de medidas medioambientales y de desarrollo rural, el ejemplo más significativo, pero sólo simbólico desde un punto

de vista cuantitativo dado que no llega su dotación presupuestaria anual ni siquiera al 0,02% del presupuesto, de la financiación europea en materia de medio ambiente es el programa LIFE que se puso en marcha en 1992 y se ha renovado y prorrogado durante tres etapas hasta 2006.¹⁷ La Comisión Europea ha propuesto aplicar a partir de 2007 un programa denominado programa LIFE+, con el que pretende:

“Contribuir al desarrollo, aplicación, seguimiento y evaluación de la política y la legislación comunitarias en materia ambiental. Dicho programa apoyará, en particular:

“–la profundización de la base de conocimientos sobre política ambiental y el desarrollo de instrumentos fundamentales que permitan garantizar su coherencia (recogida de datos, estudios, desarrollo de hipótesis de trabajo, etc.);

“–la aplicación de la política ambiental sobre el terreno, en particular, a través del desarrollo de capacidades, el intercambio de mejores prácticas, la creación de redes y la participación de las ONG;

“–la demostración de nuevos instrumentos y enfoques en relación con la política ambiental;

“–la información y la comunicación a fin de sensibilizar a la opinión pública sobre las cuestiones ambientales.”¹⁸

La financiación a través del instrumento LIFE de los distintos proyectos exige una estrecha colaboración de la Comisión Europea con las autoridades nacionales: la Comisión convoca y adjudica la financiación; las autoridades nacionales, generalmente las administraciones centrales, realizan una criba de los distintos proyectos, presentándolos, a continuación, para su aprobación por la Comisión Europea. Las decisiones de financiación de la Comisión Europea siguen, por lo general, el procedimiento de consulta a un comité que, según la regulación comunitaria, permite tener una influencia mayor o menor a los funcionarios nacionales que dictaminan previamente.

2.2.3.2. La financiación europea de acciones en el espacio de libertad, seguridad y justicia

En materia de libertad, seguridad y justicia se han adoptado distintos programas como los que están ahora en vigor, Argo¹⁹ y Aeneas;²⁰ pero, sin duda, el más significa-

17. Los sucesivos programas adoptados son: LIFE I (1991-1995) Reglamento (CEE) 1973/1992 del Consejo, de 21 de mayo de 1992, por el que se crea un instrumento financiero para el medio ambiente (LIFE) (DOCE núm. L 206, de 22 de julio de 1992, pág. 1); LIFE II (1996-1999) Reglamento (CE) 1404/1996 (DOCE núm. L 181, de 20 de julio de 1996, pág. 1); y LIFE III (2000-2004) Reglamento (CE) núm. 1655/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2000, sobre el Instrumento Financiero para el Medio Ambiente (LIFE) (DOCE núm. L 192, de 28 de julio de 2000, pág. 1); éste último LIFE III se ha ampliado a los años 2005 y 2006 mediante el Reglamento (CE) núm. 1682/2004, de 15 de septiembre, previéndose una dotación financiera de 317,2 millones de euros (DOUE núm. L 308, de 5 de octubre de 2004, pág. 1).

18. COMISIÓN EUROPEA, *Perspectivas financieras 2007-2013*, op. cit., pág. 22.

19. Decisión del Consejo, de 13 de junio de 2002, por la que se adopta un

programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración (programa ARGO) (DOCE núm. L 161, de 19 junio); previamente se había adoptado el programa Odysseus para el período 1998-2002 (Acción Común, de 19 de marzo de 1998, adoptada por el Consejo, sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establece un programa de formación, de intercambios y de cooperación en el ámbito de las políticas de asilo, inmigración y cruce de las fronteras exteriores (Programa ODYSSEUS) (DOCE núm. L 99, de 31 marzo).

20. Reglamento (CE) núm. 491/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (Aeneas) (DOUE núm. L 80, de 18 de marzo) con una dotación financiera de 250 millones de euros para el período 2004-2008.

tivo desde el punto de vista administrativo y financiero es el Fondo Europeo para los Refugiados.

El Fondo Europeo para los Refugiados fue creado en el año 2000 y pretende “apoyar y fomentar los esfuerzos de los estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida”.²¹ Durante el período 2000-2004 ha contado con una aportación de 261 millones de euros. La gestión del Fondo corresponde compartidamente a la Comisión y a las autoridades nacionales de acuerdo con un modelo que se inspira claramente en la regulación del Feoga-Garantía y de los fondos estructurales.²²

La intervención financiera del Fondo Europeo para los Refugiados sigue el modelo de cofinanciación comunitaria y nacional (el cincuenta por ciento o incluso el setenta y cinco por ciento) y la participación en el mismo se establece en estos términos:

“Los proyectos, que no deberán tener fines de lucro, serán presentados, tras un concurso público de propuestas, por administraciones públicas (nacionales, regionales o locales, centrales o descentralizadas), centros de enseñanza o investigación, organismos de formación, interlocutores sociales, organizaciones gubernamentales, organizaciones internacionales u organizaciones no gubernamentales, individualmente o en asociación, con el fin de obtener financiación del Fondo.”

Asimismo, un cinco por ciento de los recursos disponibles se reserva expresamente a “acciones innovadoras o de interés comunitario, incluidos estudios, intercambios de experiencia y medidas destinadas a promover la cooperación a nivel comunitario, así como la evaluación de la ejecución de las medidas y la asistencia técnica”.²³

En su propuesta de Perspectivas Financieras 2007-2013 la Comisión Europea ha sugerido la adopción de un “programa relacionado con la libre circulación y la solidaridad en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración [que] favorecerá la aplicación de un enfoque solidario y representará el grueso de la financiación para los aspectos relacionados con la libertad, la seguridad y la justicia”.²⁴ De este modo podría convertir en pocos años el ámbito de libertad, seguridad y justicia en uno de los más importantes de la financiación europea desde un punto de vista cuantitativo, aunque parece difícil que en pocos años pueda aproximarse a volúmenes de financiación como los

que los fondos agrarios (48%) y los fondos estructurales (32%) canalizan en estos momentos.

2.3. Subvenciones, ayudas de Estado y fondos europeos en España: la Ley general de subvenciones

La regulación española relativa a las subvenciones públicas está directamente afectada por la aplicación tanto del régimen comunitario de ayudas de Estado como por la gestión de los fondos europeos. En uno y otro caso la reglamentación no ha sido especialmente afortunada y sólo sucesiva y fragmentariamente se han intentado solucionar los problemas que ha planteado la aplicación de uno y otro régimen comunitario. Hasta ahora el único intento serio de aportar una solución sistemática y coordinada lo representa la Ley general de subvenciones de 2003, aunque, en realidad, esta ley estatal no lo ha hecho con determinación y, finalmente, sólo ha codificado de manera muy genérica algunas de las normas que ya se habían aprobado previamente.

2.3.1. El régimen de ayudas de Estado en la Ley general de subvenciones de 2003

Propiamente hablando, en la Ley general de subvenciones no debería plantearse la cuestión relativa a los efectos que la concesión de ayudas a las empresas puede tener en la realización del mercado. En efecto, corresponde a la Ley de defensa de la competencia regular esta dimensión “concurrential” de las subvenciones; no obstante, la actual regulación, contenida en el artículo 19 de la Ley española de defensa de la competencia, no fue establecida hasta que la Ley 52/1999, de 28 diciembre, reformó la redacción originaria de Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.²⁵ La disposición ahora vigente y referida obviamente sólo al “mercado español” es como sigue:

“1. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de los artículos 87 a 89 del Tratado de la Comunidad Europea, de la letra c) del artículo 4 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Reglamento (CE) número 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo.

“2. A los efectos de esta ley se entiende por ayuda pública las aportaciones de recursos a operadores eco-

21. Decisión del Consejo, de 28 de septiembre de 2000, por la que se crea el Fondo Europeo para los Refugiados (DOCE núm. L 252, de 6 de octubre).

22. Decisión de la Comisión, de 20 de marzo de 2001, que establece las normas de ejecución de la Decisión 2000/596/CE del Consejo por lo que se refiere a la admisibilidad de los gastos y a los informes de ejecución en el marco de las acciones cofinanciadas por el Fondo Europeo para los Refugiados (DOCE núm. L 95, de 5 de abril); y también la Decisión de la Comisión, de 18 de diciembre de 2001, por la que se establecen disposiciones de ejecución de la Decisión 2000/596/CE del Consejo por lo que se refiere a los sistemas de gestión y control así como a los procedimientos de aplicación de las correccio-

nes financieras en el marco de las acciones cofinanciadas por el Fondo Europeo para los Refugiados (DOCE núm. L 106, de 23 de abril).

23. Por ejemplo, en España se han aprobado anualmente resoluciones de aplicación; véase, por ejemplo, la Resolución de 2 de agosto de 2004, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se acuerda hacer pública la convocatoria de propuestas para su financiación por el Fondo Europeo para los Refugiados en el ejercicio 2004 (BOE núm. 211 de 1 de septiembre de 2004).

24. COMISIÓN EUROPEA, *Perspectivas financieras 2007-2013*, COM (2004) 487 final, de 14 de julio de 2004, pág. 23.

nómicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia.

“3. El Tribunal de Defensa de la Competencia de oficio, o a instancia del ministro de Economía y Hacienda, analizará los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros. Dicho informe será público. El Consejo de Ministros, a la vista del contenido del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, decidirá, según los casos, proponer a los poderes públicos la supresión o la modificación de los citados criterios, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia. Todo ello sin perjuicio de las competencias que en esta materia corresponden a la Comisión Europea.”

No obstante, la Ley general de subvenciones se refiere, tanto en la exposición de motivos como en la parte dispositiva, a los efectos que pudieran tener las subvenciones en el mercado. En efecto, el legislador manifiesta expresamente que “se ha considerado necesario introducir en esta ley de forma expresa un conjunto de principios generales que deben inspirar la actividad subvencional, incluyendo un elemento de planificación, y procurando minimizar los efectos distorsionadores del mercado que pudieran derivarse del establecimiento de subvenciones”. En sintonía con esta declaración, el artículo 8.2, al que se confiere el carácter de norma estatal básica, enuncia el principio conforme al cual “cuando los objetivos que se pretenden conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores”.

Es conveniente precisar que el concepto comunitario

de “ayuda de Estado” es muchísimo más amplio que el concepto español de subvención establecido en la Ley general de subvenciones, de tal modo que, simplificando la cuestión, se podría decir: todas las subvenciones son ayudas de Estado, pero no todas las ayudas de Estado son subvenciones.

En todo caso, la Ley general de subvenciones ha hecho algunas aportaciones que resultan de gran importancia para que en España se respete el régimen comunitario de ayudas de Estado, en especial por lo que se refiere a la mayor transparencia, a los requisitos para la concesión de las subvenciones y al fundamento legal para la recuperación por las administraciones españolas de ayudas ilegales e incompatibles con el mercado común.

2.3.2. La gestión de los fondos europeos en la Ley general de subvenciones de 2003

Las intervenciones financieras en España que tienen su origen en el presupuesto europeo supusieron, por ejemplo en 2003, el 2,23% del PNB; del mismo modo, los pagos comunitarios en 2001 fueron de 12.186 millones de euros, y en 2002 alcanzaron el importe total de 14.953,76 millones de euros.²⁶ Por esa razón resulta de gran interés cualquier norma española que tenga en cuenta esta realidad. Probablemente el mayor avance de la Ley general de subvenciones en materia de gestión de fondos europeos haya sido consagrar una obvia declaración de la supletoriedad del Derecho español respecto del Derecho comunitario sobre fondos europeos. En el preámbulo de la Ley general de subvenciones se subraya: “También se determina expresamente el carácter supletorio de la ley en relación con la concesión de subvenciones establecidas en normas de la Unión Europea o en normas nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas, estableciéndose el régimen de responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea.”

Y así, el artículo 6 de la Ley general de subvenciones, calificado como norma estatal básica, se refiere al “Régimen jurídico de las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea”, y establece la siguiente disposición:

25. La Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo Administrativo, Sección 6.ª, recurso núm. 918/2001, ponente: Pedraz Calvo) en su Sentencia, de 31 de octubre de 2003, lo expresa claramente en estos términos: “La regulación legal, recogida en el artículo 19 párrafo 3 de la Ley de defensa de la competencia es clara, con independencia de la valoración que de su contenido haya hecho la doctrina: ‘El Tribunal de Defensa de la Competencia de oficio o a instancia del ministro de Economía y Hacienda analizará los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros [...]’. La actora insiste en su derecho a la denuncia y a que esta se admita: en nuestro sistema la denuncia viene concebida como una modalidad de incoación de los procedimientos de investigación porque por medio de la misma se pone en conocimiento de la

Administración, en este caso, de los órganos administrativos de defensa de la competencia, la existencia de conductas posiblemente constitutivas de infracciones de la normativa de defensa de la competencia. En el supuesto enjuiciado, no está previsto que se incoe expediente de investigación en materia de ayudas públicas, y solo la emisión de un informe; al regularse la elaboración del mismo únicamente de oficio o a instancias del Ministerio de Economía, la iniciación del procedimiento administrativo por denuncia de un particular queda excluida. Por otra parte, es preciso recordar, y así se ha señalado ya en otras sentencias de esta misma sala, que la denuncia, de ser admisible, no supone un derecho para el denunciante a que se inicie el procedimiento.”

26. MINISTERIO DE HACIENDA, *Relaciones financieras entre España y la Unión Europea 2003*, Madrid, 2004, pág. 107.

“1. Las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea se regirán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas.

“2. Los procedimientos de concesión y de control de las subvenciones regulados en esta ley tendrán carácter supletorio respecto de las normas de aplicación directa a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea.”

Asimismo, en otras disposiciones de la Ley general de subvenciones, a las que también se les confiere el carácter de normas estatales básicas, se adopta una regulación más apropiada y sistemática de la gestión de los fondos europeos en España en cuanto se refiere a la responsabilidad de las administraciones o a las funciones de coordinación y control financiero de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE).

3. Administraciones: el control de las ayudas de Estado por la Comisión y la gestión de los fondos europeos por las administraciones nacionales

El régimen de ayudas de Estado determina unas relaciones jurídicas triangulares entre las administraciones que conceden o pretenden otorgar las ayudas públicas, la Comisión Europea que controla el régimen de ayudas y los interesados, en particular las empresas beneficiarias de las ayudas y las empresas competidoras que se ven afectadas. Estas relaciones jurídicas gravitan, obviamente, alrededor del control independiente e imparcial que se atribuye a la Comisión Europea.

En el caso de los fondos europeos las relaciones entabladas son propiamente bilaterales y se producen entre las administraciones que conceden las subvenciones con el fin de llevar a cabo determinadas políticas públicas y los beneficiarios de las mismas que pueden ser otras administraciones o particulares y empresas. Las administraciones que aplican las políticas públicas deben colaborar estrechamente al tratarse de políticas realizadas en ámbitos referidos a competencias compartidas y al requerir en muchos supuestos la cofinanciación de distintas administraciones. La Comisión Europea despliega toda su actividad mediante mecanismos de colaboración, de coordinación y de control, fundamentalmente de carácter financiero, respecto de las autoridades nacionales y de los beneficiarios últimos de los fondos europeos.

3.1. La Comisión Europea, las administraciones nacionales y las empresas en el régimen comunitario de ayudas de Estado

Si en un principio en las Comunidades Europeas era posible llevar a cabo un control centralizado del régimen de ayudas de Estado, en estos momentos la Comisión Europea se ha visto desbordada en el control de las ayudas estatales en la Unión Europea, por lo que ha comprendido que es ineludible la colaboración estrecha y leal de las administraciones nacionales. La Comisión Europea ha descrito claramente el alcance que en la actualidad tiene su control en materia de ayudas de Estado en los siguientes términos:

“En 2003 se registraron en la Comisión unos mil asuntos. Aparte de las doscientas fichas de información conforme a los reglamentos de exención por categorías, alrededor del 49% de los casos registrados se referían a los sectores industrial y de servicios, el 39% a la agricultura, el 6% a la pesca y el 6% a los transportes y la energía. Según el Tratado, los estados miembros deben notificar todas las ayudas estatales a la Comisión. No obstante, aproximadamente en el 15% de los casos investigados, no fue el Estado miembro sino la Comisión quien tuvo que incoar el procedimiento de investigación tras conocer la existencia de la ayuda, por ejemplo, a raíz de una denuncia. Durante el periodo 2001-2003, las decisiones negativas representaron el 5% de todas las decisiones definitivas adoptadas por la Comisión.”²⁷

Resulta obvio que en 2004, especialmente a partir del 1 de mayo, en que la Unión Europea pasó de tener quince a veinticinco socios, el alcance del control de la Comisión Europea seguirá siendo necesariamente muy limitado.

3.1.1. Los poderes de control de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado

Corresponde en exclusiva a la Comisión Europea decidir la política de la Unión en materia de ayudas de Estado, sin perjuicio, claro está, de los poderes legislativos del Consejo y del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia. Este control administrativo de la Comisión Europea se asienta en dos principios fundamentales: por una parte, la Comisión Europea ejerce un poder de control permanente sobre las denominadas “ayudas existentes”; y, por otra parte, la Comisión Europea ejerce un poder de control preventivo sobre aquellas ayudas de Estado que pretendan otorgar las autoridades nacionales y que afecten al mercado común, las denominadas “nuevas ayudas”.

De acuerdo con el artículo 88 del Tratado CE, las autoridades nacionales están obligadas a notificar todas las ayudas de Estado que pretendan conceder a las empresas. Esta previsión ha sido desarrollada por el Reglamento 659/1999, cuyo artículo 2 exige específicamente:

²⁷. Informe marcador de ayudas estatales –Actualización primavera 2004–, COM (2004) 256 final, de 20 de abril de 2004, pág. 6.

“1. Salvo disposición en contrario de cualesquiera reglamentos adoptados de conformidad con el artículo 94 del Tratado o cualquier otra disposición pertinente del Tratado, el Estado miembro interesado deberá notificar a la Comisión con la suficiente antelación cualquier proyecto de concesión de nueva ayuda. La Comisión comunicará sin demora al Estado miembro de que se trate la recepción de toda notificación.

“2. En la notificación, el Estado miembro interesado facilitará toda la información necesaria para que la Comisión pueda adoptar una decisión con arreglo a los artículos 4 y 7 (denominada en lo sucesivo ‘notificación completa’).”

La notificación de la nueva ayuda tiene efecto suspensivo, tal como establece el artículo 88.3 del Tratado CE y en los términos que reitera el artículo 3 del Reglamento 659/1999. En virtud del artículo 4.5 del Reglamento 659/1999 la Comisión Europea tiene un plazo de dos meses para adoptar una decisión; los dos meses se cuentan del modo siguiente:

“La notificación se considerará completa si, en el plazo de dos meses a partir de su recepción, o de la recepción de cualquier información adicional solicitada, la Comisión no solicita más información. El plazo podrá prorrogarse con el consentimiento tanto de la Comisión como del Estado miembro interesado. Cuando proceda, la Comisión podrá fijar un plazo más breve.”

La Comisión Europea puede adoptar tres tipos de decisiones, que especifica el artículo 4 del Reglamento 659/1999 del siguiente modo: decisión de no formular objeciones, decisión de incoar el procedimiento de investigación formal y autorización tácita de la ayuda.

Las autoridades nacionales están sometidas a la supervisión permanente por la Comisión Europea respecto de todas las ayudas existentes, las anteriores a la integración en las Comunidades Europeas o las ya autorizadas por la propia Comisión Europea.

El control permanente lo despliega la Comisión Europea a través de informes anuales. En este sentido, el Reglamento de la Comisión (CE) 794/2004, de 21 de abril de 2004, adoptado en desarrollo del Reglamento 659/1999 del Consejo, determina “la forma, el contenido y otros detalles de las notificaciones e informes anuales” en materia de ayudas de Estado.²⁸

3.1.2. Las obligaciones de las administraciones nacionales: la notificación de nuevas ayudas y la recuperación de ayudas ilegales

Si bien el control de las administraciones nacionales en materia de ayudas es sustancialmente un control administrativo encomendado a la Comisión Europea y, por tanto, queda sometido al control directo de los tribunales comunitarios, existen dos vías para impugnar las

actuaciones administrativas nacionales ante el Tribunal de Justicia, mediante una especialidad del recurso por incumplimiento, y ante los tribunales nacionales, para salvaguardar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 88.3, *in fine*, del Tratado CE.

Este control se produce en los casos de las denominadas “ayudas ilegales”, es decir, las concedidas sin haber sido notificadas previamente a la Comisión Europea. El Reglamento 659/1999 prevé un procedimiento específico en sus artículos 10 a 15 que se caracteriza por conceder mayores poderes a la Comisión, especialmente de carácter cautelar, en cuanto a la suspensión de la ejecución de la ayuda y su recuperación provisional. Asimismo, las autoridades nacionales quedan sometidas a un procedimiento de control más expeditivo en el caso de que “incumplían un requerimiento de información, esta decisión se adoptará basándose en la información disponible” y sin que la Comisión Europea esté sujeta a los plazos perentorios establecidos para el examen de las ayudas notificadas.

3.1.3. Las empresas beneficiarias de ayudas de Estado y sus empresas competidoras

En el Reglamento (CE) núm. 659/1999 se ha definido en su artículo 1.h) de manera muy amplia el término “parte interesada” incluyendo a “cualquier Estado miembro o cualquier persona, empresa o asociación de empresas cuyos intereses puedan verse afectados por la concesión de una ayuda y, concretamente, el beneficiario de la misma, las empresas competidoras y las asociaciones socioprofesionales”.

No obstante, la posición jurídica de los distintos interesados es muy distinta en relación con los poderes ejercidos por la Comisión Europea. Por eso, el propio Reglamento 659/1999, intentando aportar transparencia al procedimiento de notificación y control de las ayudas de Estado, establece en su artículo 20 algunos de los derechos de los interesados.

El problema más importante del régimen de ayudas se produce en aquellos casos en que la Comisión Europea declara que una ayuda es incompatible con el mercado común y que, en consecuencia, es preciso que las autoridades nacionales la recuperen o que los beneficiarios la devuelvan.

La posición de las empresas competidoras respecto de las empresas beneficiarias de las ayudas de Estado resulta clarificada por el Reglamento 659/1999, que se refiere tanto a la denuncia de ayudas abusivas como a la participación en el procedimiento de investigación que lleve a cabo la Comisión Europea.

3.2. La Comisión Europea, las administraciones nacionales y la gestión de los fondos europeos

28. DOUE núm. L 140, de 30 de abril de 2004, pág. 1.

El régimen general de la ejecución del presupuesto europeo está contenido en el Reglamento financiero general, de modo que en la regulación de los fondos agrarios, de los fondos estructurales y de otros fondos europeos sólo se recogen especialidades de procedimiento.²⁹

El Reglamento financiero general se refiere a los distintos modelos de ejecución del presupuesto europeo, pero no hay duda de que su principal preocupación es la gestión compartida entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales a través de la cual, como ya hemos indicado, se canaliza más del 80% del presupuesto europeo.³⁰

3.2.1. La Comisión Europea: la gestión y el control de los fondos europeos

La gestión de los fondos europeos por la Comisión Europea ha resultado en todo momento difícil, dada la desproporción entre los medios humanos y materiales con que cuenta la institución europea y la ingente cantidad, en términos relativos, del presupuesto manejado en un ámbito territorial y administrativo de una Unión Europea en expansión. Si bien en alguna época la Comisión Europea tuvo tentaciones de centralizar y de gestionar directamente algunos fondos comunitarios –por ejemplo, el Fondo Social Europeo en el período comprendido entre 1983 a 1989–, la Europa de los doce y ahora mismo la Europa de los veinticinco impiden imaginar otro modelo de gestión que no sea el descentralizado. Asimismo, la Comisión Europea ha tenido insuperables problemas de coordinación interna, tal como resulta de la actuación de sus más importantes direcciones generales, como la de Competencia –que se ocupa del régimen de ayudas de Estado–, la de Agricultura –que gestiona el Feoga– o la de Política Regional –encargada del Feder y del Fondo de Cohesión–. De hecho, la gestión centralizada por la Comisión Europea ha sido bastante deficiente, sin que las nuevas soluciones propuestas, como por ejemplo la que propugna una desconcentración en favor de nuevas agencias europeas, tengan visos de ser las más adecuadas.³¹

En cambio, más interés y más consistencia tienen las propuestas de una mayor descentralización en favor de

las autoridades nacionales, seguidas de un fortalecimiento de los mecanismos de control administrativo y de coordinación interna por parte de la Comisión Europea.

3.2.2. Las administraciones nacionales, la gestión de los fondos europeos y el control financiero

A medida que desciende el intervencionismo de la Comisión Europea en la gestión de los fondos europeos aumenta la participación de las administraciones nacionales. Así como en la gestión del Feoga-Garantía se han establecido los denominados organismos de intervención, en la gestión de otros fondos, en especial de los fondos estructurales, no se ha logrado determinar un procedimiento apropiado de financiación, particularmente necesario en los estados miembros que cuentan con un modelo descentralizado de reparto del poder.

El principio que inspira la gestión de los fondos europeos por las administraciones nacionales es el de cooperación leal, no sólo desde un punto de vista administrativo y por lo que respecta a las relaciones con la Comisión Europea, sino también en cuanto se refiere a los desarrollos reglamentarios de la normativa europea.

Asimismo, las administraciones nacionales están sometidas al control financiero llevado a cabo por las instituciones comunitarias y por las propias autoridades nacionales competentes. Por esa razón, en el control de las administraciones coinciden tanto los órganos de la Comisión Europea como el Tribunal de Cuentas comunitario, pero también los propios órganos nacionales de control financiero interno y externo. Sin embargo, este tipo de control financiero apenas si es aplicado y, aun cuando en la Unión Europea ha aumentado de manera considerable la denominada “cultura del control”, salvo en los informes anuales y especiales del Tribunal de Cuentas europeo, que tan escasa repercusión tienen, las demás autoridades de control parecen olvidar que los fondos europeos son fondos públicos y que en los casos de cofinanciación incluyen fondos de los distintos presupuestos nacionales.

3.3. Administraciones, ayudas de Estado y fondos europeos en España

29. Para más detalles remito a mis estudios “La gestión y el control de los Fondos estructurales europeos en España. Guía para juristas”, en *Revista del Poder Judicial* núm. 63, 2001, pág. 11 a 70; “La concesión y el control de las subvenciones en la Unión Europea: La gestión por la Comisión Europea y por las autoridades nacionales (la experiencia española)”, en *Revista Española de Control Externo* núm. 17, mayo de 2004, pág. 163 a 196; y “Los fondos estructurales en la Unión Europea: cuestiones constitucionales, presupuestarias y administrativas”, en *Noticias UE* núm. 233, de junio de 2004, pág. 65 a 83.

30. Reglamento (CE, Euratom) núm. 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (DOCE núm. L 248, de 16 de septiembre de 2002, pág. 1); que ha sido desarrollado por el Reglamento (CE,

Euratom) núm. 2342/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero (DOCE núm. L 357, de 31 de diciembre de 2002, pág. 1); por el Reglamento (CE, Euratom) núm. 2343/2002 de la Comisión, de 19 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 185 del Reglamento financiero (DOCE núm. L 357, de 31 de diciembre de 2002, pág. 72); y por el Reglamento (CE) núm. 1653/2004 de la Comisión, de 21 de septiembre de 2004, por el que se aprueba el Reglamento financiero tipo de las agencias ejecutivas.

31. André SAPIR, *An Agenda for a Growing Europe. Making the EU Economic System Deliver*, Bruselas, julio de 2003, pág. 165 a 166; estas propuestas son especialmente inconsistentes y no parece que tengan la más apropiada razón jurídica ni organizativa.

En la práctica española, tanto la notificación de las ayudas de Estado como la gestión de los fondos europeos han recibido muy escasa atención, y, sin embargo, su cumplimiento por las administraciones españolas implicaría importantes ventajas administrativas y financieras.

Por una parte, la obligación de notificación previa de las ayudas de Estado no se cumple con el rigor que sería más deseable, como revelan los innumerables casos de procedimientos seguidos por la Comisión Europea respecto de ayudas ilegales, es decir, de ayudas no notificadas, incluso en sectores especialmente sensibles como las ayudas a Izar en el sector naval, a Hunosa en materia de ayudas al carbón, las vacaciones fiscales vascas, Magefesa, Intelhorce, o las subvenciones del Principado de Asturias para la adquisición de compra de cuotas lácteas y del Ministerio de Agricultura a las explotaciones agrarias en caso de subida del precio de los carburantes.

Del mismo modo, en materia de gestión de fondos europeos basta con observar las periódicas correcciones financieras aplicadas por la Comisión Europea en las distintas organizaciones comunes de mercado de productos como el aceite, el plátano, los cítricos o el lino, y que, por lo general, son confirmadas sistemáticamente por el Tribunal de Justicia. Estas correcciones financieras exigen la devolución de cantidades importantes de fondos europeos que representan una importante sangría financiera de los fondos que ya habían libradas por la Comisión Europea.

3.3.1. La concesión, la notificación y la recuperación de las ayudas de Estado en España

Sobre los aspectos administrativos del régimen de ayudas de Estado conviene referirse también a las soluciones ofrecidas por la Ley general de subvenciones, que intenta evitar la concesión de ayudas ilegales y que pretende facilitar la recuperación de ayudas ilegales e incompatibles con el mercado común.

3.3.1.1. La concesión por las administraciones españolas y la notificación de las ayudas de Estado a la Comisión Europea

La Ley general de subvenciones ha previsto que la concesión de subvenciones se ajuste a la obligación de notificar previamente los proyectos de ayudas de Estado a la Comisión Europea. En este sentido, el artículo 9.1 de la Ley general de subvenciones, que tiene naturaleza de norma estatal básica, lo recoge como el primero de los "Requisitos para el otorgamiento de las subvenciones" en estos términos:

"En aquellos casos en los que, de acuerdo con los artículos 87 a 89 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, deban comunicarse los proyectos para el establecimiento, la concesión o la modificación de una subvención, las administraciones públicas o cualesquiera

entes deberán comunicar a la Comisión de la Unión Europea los oportunos proyectos de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y en los términos que se establezcan reglamentariamente, al objeto que se declare la compatibilidad de las mismas. En estos casos, no se podrá hacer efectiva una subvención en tanto no sea considerada compatible con el mercado común."

También el artículo 17.3 de la Ley general de subvenciones, que no tiene carácter básico, por lo que restringe su aplicación fundamentalmente a la Administración General del Estado, se refiere a la "norma reguladora de las bases de concesión de las subvenciones" que concretará, como mínimo, los siguientes extremos: "[...] m) Compatibilidad o incompatibilidad con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales."

La Ley general de subvenciones ha cumplido la obligación establecida por el régimen comunitario de ayudas de Estado, tal como ha sido desarrollado por los reglamentos del Consejo y de la Comisión Europea, de crear una base de datos sobre ayudas de carácter nacional. En el preámbulo de la Ley general de subvenciones se explica: "La ley establece la obligación de formar una base de datos de ámbito nacional que contendrá información relevante sobre todas las subvenciones concedidas."

En este sentido, el artículo 20.1 de la Ley general de subvenciones, norma estatal básica, ha dispuesto:

"Los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley deberán facilitar a la Intervención General de la Administración del Estado, a efectos meramente estadísticos e informativos y en aplicación del artículo 4.1.c) de la Ley 30/1992, información sobre las subvenciones por ellos gestionadas, en los términos previstos reglamentariamente, al objeto de formar una base de datos nacional, para dar cumplimiento a la exigencia de la Unión Europea, mejorar la eficacia, controlar la acumulación y concurrencia de subvenciones y facilitar la planificación, seguimiento y actuaciones de control."

El procedimiento de notificación de las ayudas de Estado en España fue aprobado por el Real decreto 1755/1987, de 23 de diciembre, la comunicación a la Comisión Europea de los proyectos de las administraciones o entes públicos que se propongan establecer, conceder o modificar ayudas internas. Este procedimiento es aplicable a todas las administraciones españolas, incluidas las autonómicas. La habilitación constitucional a la que se refiere el preámbulo de la norma estatal es el artículo 149.1.3 de la Constitución o, según el tenor del real decreto, "siendo las relaciones internacionales una competencia exclusiva del Estado, ha pare-

cido conveniente arbitrar un procedimiento que facilite el cumplimiento de esta obligación de comunicación previa a la Comisión de las Comunidades Europeas”.

No obstante, al poco tiempo la Administración General del Estado y las comunidades autónomas adoptaron, el 29 de noviembre de 1990, un acuerdo sobre la notificación de ayudas públicas en virtud del cual la comunicación a la Comisión Europea se haría a través de un “órgano coordinador designado al efecto” de cada una de las comunidades autónomas y que, en realidad, será el interlocutor de la Secretaría de Estado de Asuntos Europeos del Ministerio de Asuntos Exteriores.³² Al llegar a la Secretaría de Estado el procedimiento es idéntico al de las ayudas de la Administración General del Estado y son examinadas por la Comisión Interministerial de Asuntos Relacionados con la Unión Europea. Sin embargo, en la composición de este órgano interministerial no se reflejan en modo alguno los intereses de las comunidades autónomas.

3.3.1.2. La recuperación por las administraciones españolas de las ayudas de Estado incompatibles e ilegales

Uno de los problemas más importantes del Derecho español en relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado ha sido hasta ahora el procedimiento pertinente para la recuperación de ayudas de Estado declaradas por la Comisión Europea ilegales e incompatibles con el mercado europeo.

En la Ley general de subvenciones se regula la nulidad, la anulabilidad y el reintegro de las subvenciones, y de esta regulación resulta con bastante claridad que el procedimiento del artículo 37 de la Ley general de subvenciones es apropiado para resolver un importante problema al establecer simplemente como causa de reintegro una decisión de la Comisión Europea en los siguientes términos:

“También procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

“h) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro.”

Con esta solución podría quedar zanjada la controversia surgida en el Derecho español sobre el procedimiento más apropiado para recuperar las ayudas ilegales y, en particular, si debía invocarse una causa de nulidad, de anulabilidad o de reintegro. De hecho, en seis recursos por incumplimiento presentados por la

Comisión Europea contra España respecto de la recuperación de las ayudas concedidas por las diputaciones forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, ya en la demanda la Comisión Europea esgrime el siguiente motivo frente a las eventuales defensas de España:

“Irrelevancia de las dificultades en el ámbito administrativo interno: al no contemplar el ordenamiento español de modo expreso un mecanismo para proceder a la recuperación de las ayudas ilegales e incompatibles, se ha decidido utilizar la vía de la revisión de oficio de los actos tributarios de concesión de las ayudas, regulada en la norma foral tributaria de cada uno de los territorios históricos. Pues bien, las autoridades nacionales han optado de modo deliberado por una vía que dificulta extraordinariamente la recuperación, a saber, la declaración de lesividad de actos anulables, que requiere una serie de condiciones cumulativas extremadamente difíciles de reunir, sobre todo desde el punto de vista temporal. El Derecho interno prevé otras vías menos problemáticas a primera vista, como la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, que parece perfectamente aplicable a las ayudas otorgadas con incumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 88 del Tratado CE. Dicha vía resultaría probablemente menos problemática, al permitir una declaración de nulidad por parte de la misma administración sin necesidad de reunir los requisitos exigidos para la citada declaración de lesividad. Las autoridades nacionales no parecen pues haber elegido en el presente caso ni el procedimiento menos problemático ni el más pertinente de entre los que el ordenamiento jurídico interno les ofrece.”³³

Éste no es un supuesto aislado, dado que, según la Comisión Europea, España es después de Alemania el país que más procedimientos de recuperación de ayudas ilegales tiene pendientes en febrero de 2004.³⁴

3.3.2. La coordinación, la cooperación y la responsabilidad administrativa en la gestión de los fondos europeos en España

También en materia de gestión de fondos europeos la Ley general de subvenciones parece haber comprendido la importancia de los procedimientos de cooperación, de coordinación y de responsabilidad administrativa, por lo que ofrece soluciones que, no obstante, ya habían sido ensayadas previamente.

3.3.2.1. La coordinación y la cooperación entre las administraciones españolas en la gestión de los fondos europeos

En materia de coordinación entre las administraciones

32. BOE núm. 216, de 8 de septiembre de 1992.

33. TJ CE, Comisión / España, C-485/03, C-486/03, C-487/03, C-488/03, C-489/03 y C-490/03 (DOUE núm. C 21, de 24 de enero de 2004, pág. 18).

34. COMISIÓN EUROPEA, *Informe marcador de ayudas estatales*

—Actualización primavera 2004—, COM (2004) 256 final, de 20 de abril de 2004, pág. 44; de los ochenta y ocho procedimientos, cuarenta correspondían a Alemania, veinte a España, nueve a Italia, ocho a Francia, cinco a Bélgica, tres a Holanda y uno cada uno a Grecia, Austria y Portugal.

españolas, la Ley general de subvenciones otorga un papel preponderante a la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE). En este sentido, su artículo 45, norma estatal a la que se le atribuye el carácter básico, se refiere expresamente al “control financiero de ayudas y subvenciones financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios” y contiene una regulación general para todo tipo de fondos europeos en su apartado 1 conforme al cual:

“En las ayudas y subvenciones financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios, la Intervención General de la Administración del Estado será el órgano competente para establecer, de acuerdo con la normativa comunitaria y nacional vigente, la necesaria coordinación de controles, manteniendo a estos solos efectos las necesarias relaciones con los órganos correspondientes de la Comisión Europea, de los entes territoriales y de la Administración General del Estado.”

Del mismo modo y de forma más específica, se establece una regulación del Feoga en el artículo 45.2 de la Ley general de subvenciones conforme al cual:

“En las ayudas financiadas por el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agraria, la Intervención General de la Administración del Estado realizará los cometidos asignados al servicio específico contemplado en el artículo 11 del Reglamento (CEE) núm. 4045/89 del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989, relativo a los controles, por los estados miembros, de las operaciones comprendidas en el sistema de financiación por el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (Feoga), sección Garantía.

“Los controles previstos en el Reglamento (CEE) núm. 4045/89 serán realizados, de acuerdo con sus respectivas competencias, por los siguientes órganos y entidades de ámbito nacional y autonómico:

“a) La Agencia Estatal de Administración Tributaria.

“b) Los órganos de control interno de las administraciones de las comunidades autónomas.

“La Intervención General de la Administración del Estado, como servicio específico para la aplicación del referido reglamento:

“a) Elaborará los planes anuales de control en coordinación con los órganos de control de ámbito nacional y autonómico.

“b) Será el órgano encargado de la relación con los servicios correspondientes de la Comisión de la Unión Europea en el ámbito del Reglamento (CEE) núm. 4045/89, centralizará la información relativa a su cumplimiento y elaborará el informe anual sobre su aplicación, según lo previsto en los artículos 9.1 y 10.1.

“c) Efectuará los controles previstos en el plan anual cuando razones de orden territorial o de otra índole así lo aconsejen.

“d) Velará por la aplicación en España, en todos sus términos, del Reglamento (CEE) núm. 4045/89.”

El artículo 45.3 de la Ley general de subvenciones contiene una habilitación expresa para que los demás órganos administrativos de control financiero interno lleven a cabo sus funciones también en relación con los fondos europeos cuando cuenten con financiación nacional, aunque en realidad esta regla sería aplicable en todos los casos, incluso en aquellos –ciertamente cada vez más escasos incluso en el ámbito agrario– en que no haya cofinanciación española:

“Los órganos de control de las administraciones públicas, en aplicación de la normativa comunitaria, podrán llevar a cabo, además, controles y verificaciones de los procedimientos de gestión de los distintos órganos gestores que intervengan en la concesión y gestión y pago de las ayudas cofinanciadas con fondos comunitarios que permitan garantizar la correcta gestión financiera de los fondos comunitarios.”

En fin, el artículo 45.4 de la Ley general de subvenciones también refuerza el control financiero y la rendición de cuentas por la IGAE y por los demás órganos administrativos españoles de control de cuentas ante las instituciones comunitarias, básicamente con la Comisión Europea y el Tribunal comunitario de Cuentas en los siguientes términos:

“La Intervención General de la Administración del Estado y los órganos de control financiero del resto de las administraciones públicas deberán acreditar ante el órgano competente los gastos en que hubieran incurrido como consecuencia de la realización de controles financieros de fondos comunitarios, a efectos de su financiación de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria reguladora de gastos subvencionables con cargo a dichos fondos.”

Por otra parte, también con carácter de norma estatal básica, la disposición adicional 2.1 de la Ley general de subvenciones establece una previsión relativa a la “colaboración de la Intervención General de la Administración del Estado con otras administraciones públicas, en las actuaciones de control financiero de subvenciones”. En este caso se otorga a la IGAE una función de coordinación con los órganos autonómicos homólogos y con los demás órganos estatales del modo siguiente:

“La Intervención General de la Administración del Estado, en coordinación con los órganos de control de ámbito nacional y autonómico, elaborará un plan anual de control del Feoga-Garantía en el que se incluirán los controles a realizar por la propia Intervención General, por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por los órganos de control interno de las comunidades autónomas.

“La Intervención General de la Administración del Estado coordinará con los órganos de control interno de las administraciones de las comunidades autónomas la

elaboración del Plan de control de fondos estructurales y de cohesión que anualmente deban acometer dentro de su ámbito de competencia. Con la finalidad de su remisión a la Comisión de la Unión Europea, formando parte del Plan de control de fondos estructurales y cohesión del Estado miembro, dichos planes serán remitidos a la Intervención General de la Administración del Estado antes del 1 de diciembre del año anterior al que se refieran.”

Asimismo, la disposición adicional 2.3 de la Ley general de subvenciones se refiere a una función que ya venía realizando de hecho la IGAE, y que consiste en establecer las pertinentes relaciones convencionales con la Intervención Financiera de la Comisión Europea para llevar a cabo un mejor control financiero interno de los fondos europeos:

“La Intervención General de la Administración del Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.1, suscribirá con los órganos de la Comisión Europea los acuerdos administrativos de cooperación previstos en la normativa comunitaria en materia de control financiero de ayudas y subvenciones financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios.”

Con esta regulación se confirma legalmente la doble función encomendada a la IGAE, en cuanto órgano de control financiero interno de la Administración General del Estado pero también en su calidad de órgano de coordinación de las actuaciones de las administraciones españolas en este ámbito y de colaboración entre las autoridades españolas y la Comisión Europea.

3.3.2.2. La recuperación de fondos europeos y la ventilación interna de responsabilidades financieras de las administraciones españolas

Por lo que se refiere a la recuperación de fondos europeos como consecuencia de correcciones financieras realizadas de conformidad con el Derecho comunitario, la Ley general de subvenciones establece otras causas de reintegro, distintas de la ya examinada en materia de devolución de ayudas ilegales, y que son aplicables como consecuencia de correcciones financieras de fondos europeos. Precisamente, su artículo 37, al que se confiere la naturaleza de norma estatal básica, dispone:

“También procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

[...]

“e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en los artículos 14 y 15 de esta ley, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los

fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

“g) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras y beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.”

En estos supuestos, resulta de especial interés determinar la competencia del órgano administrativo para adoptar el reintegro, por lo que los apartados 2 y 3 del artículo 41 de la Ley general de subvenciones establecen:

“2. Si el reintegro es acordado por los órganos de la Unión Europea, el órgano a quien corresponda la gestión del recurso ejecutará dichos acuerdos.

“3. Cuando la subvención haya sido concedida por la Comisión Europea u otra institución comunitaria y la obligación de restituir surgiera como consecuencia de la actuación fiscalizadora, distinta del control financiero de subvenciones regulado en el título III de esta ley, correspondiente a las instituciones españolas habilitadas legalmente para la realización de estas actuaciones, el acuerdo de reintegro será dictado por el órgano gestor nacional de la subvención. El mencionado acuerdo se dictará de oficio o a propuesta de otras instituciones y órganos de la Administración habilitados legalmente para fiscalizar fondos públicos.”

También la Ley general de subvenciones reproduce una norma legal, introducida con carácter general en 1999³⁵ –aunque ya había sido aplicada en ámbitos como el agrícola mucho tiempo antes–, que procede a la ventilación interna de responsabilidades financieras de las administraciones españolas que gestionan fondos europeos. El artículo 7, al que se declara norma estatal básica, se titula “Responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea” y su tenor es el siguiente:

“1. Las administraciones públicas o sus órganos o entidades gestoras que, de acuerdo con sus respectivas competencias, realicen actuaciones de gestión y control de las ayudas financiadas por cuenta del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (secciones Orientación y

Garantía), Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo, Instrumento Financiero de Orientación Pesquera y Fondo de Cohesión, así como de cualesquiera otros fondos comunitarios, asumirán las responsabilidades que se deriven de dichas actuaciones, incluidas las que sobrevengan por decisiones de los órganos de la Unión Europea, y especialmente en lo relativo al proceso de liquidación de cuentas y a la aplicación de la disciplina presupuestaria por parte de la Comisión Europea.

“2. Los órganos competentes de la Administración General del Estado para proponer o coordinar los pagos de las ayudas de cada fondo o instrumento, previa audiencia de las entidades afectadas mencionadas en el apartado anterior, resolverán acerca de la determinación de las referidas responsabilidades financieras. De dichas resoluciones se dará traslado al Ministerio de Hacienda para que se efectúen las liquidaciones, deducciones o compensaciones financieras pertinentes a aplicar a las entidades afectadas.

“3. Las compensaciones financieras que deban realizarse como consecuencia de las actuaciones señaladas en el apartado anterior se llevarán a cabo por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, mediante la deducción de sus importes en los futuros libramientos que se realicen por cuenta de los citados fondos e instrumentos financieros de la Unión Europea, de acuerdo con la respectiva naturaleza de cada uno de ellos y con los procedimientos que se establezcan mediante orden conjunta de los Ministerios de Economía y de Hacienda, previo informe de los departamentos competentes.”

Ahora bien, respecto de la legislación de 1999 y de la Ley general de subvenciones, hasta el momento no se ha desarrollado el procedimiento administrativo y, por tanto, no parece que haya interés en aplicar este mecanismo especialmente apto para conseguir una más eficaz gestión de los fondos comunitarios europeos.

Obviamente, el artículo 38.3 de la Ley general de subvenciones, al tratar del reintegro de fondos, dispone: “El destino de los reintegros de los fondos de la Unión Europea tendrá el tratamiento que en su caso determine la normativa comunitaria.”

4. Jueces: el control judicial europeo y nacional de las ayudas de Estado y de los fondos europeos

El control judicial de las ayudas de Estado y de la gestión de los fondos europeos se articula de modo similar a las funciones otorgadas a la Comisión Europea y a las administraciones nacionales en uno y en otro régimen comunitario.

En efecto, en el régimen de ayudas de Estado el control judicial descansa fundamentalmente en los tribunales comunitarios, mientras que los jueces nacionales cumplen sólo una misión subsidiaria y complementaria en el control y en la aplicación por las administraciones nacionales del régimen europeo de ayudas de Estado.

En cambio, a la hora de gestionar los fondos europeos, es preponderante la intervención de las administraciones nacionales, por lo que están sometidas al control judicial nacional sin perjuicio de que para ejercer tales competencias los jueces nacionales puedan utilizar el reenvío prejudicial y a pesar de que la misma coordinación y el control ejercido por la Comisión Europea sobre los fondos comunitarios (el reparto de fondos, la interpretación de los requisitos de su percepción, las correcciones financieras, etc.) estén sometidos al control de los tribunales comunitarios.

4.1. El control judicial del régimen comunitario de ayudas de Estado

El régimen comunitario de ayudas de Estado está sometido plenamente al control jurisdiccional. Ahora bien, las relaciones que surgen, básicamente, entre la Administración nacional que concede la ayuda estatal, la Comisión Europea que controla la aplicación del régimen comunitario, la empresa beneficiaria y la empresa competidora, quedan sujetas, según los casos, al control de los tribunales comunitarios –generalmente cuando interviene la Comisión Europea a la hora de decidir la legalidad y la incompatibilidad de una ayuda o cuando la misma Comisión Europea demanda a un Estado miembro por no ajustarse al régimen comunitario de ayudas– o a los tribunales nacionales –especialmente cuando las empresas beneficiarias o las competidoras impugnen la concesión de la ayudas o su recuperación por las administraciones.³⁶

4.1.1. El régimen de ayudas de Estado y los tribunales comunitarios: control de legalidad de las instituciones europeas y control del incumplimiento de las autoridades nacionales

La aplicación del régimen de ayudas de Estado ha sido uno de los ámbitos tradicionales de control de los tribunales comunitarios y se manifiesta a través del control de la legalidad de la actuación de la Comisión Europea (generalmente, mediante recursos de anulación), en los procedimientos seguidos ante el incumplimiento por las autoridades nacionales de las decisiones de la Comisión Europea (recurso por incumplimiento) y,

35. Artículo 44 de la Ley 55/1999, de medidas fiscales, administrativas y del orden social para el año 2000 (BOE núm. 312, de 30 de diciembre).

36. Con más detalle trato estas cuestiones en mi artículo “Subvenciones bajo sospecha. La posición de las empresas en el régimen comunitario europeo de las ‘ayudas de Estado’”, en *La Ley* núms. 5286 y 5287, de 10 y 11 de abril de 2001, págs. 1-9 y 1-8, respectivamente.

de manera especial, como consecuencia de los reenvíos prejudiciales de los jueces nacionales (cuestiones prejudiciales). Estas vías han permitido que los tribunales comunitarios elaboren una amplia jurisprudencia sobre el concepto de ayuda, respecto de los procedimientos de control y devolución de ayudas y sobre el alcance de los poderes de control de los jueces nacionales.

Tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal de Primera Instancia conocen de los recursos planteados, fundamentalmente, por las autoridades nacionales y por los particulares (empresas beneficiarias y empresas competidoras) frente a la actuación de la Comisión Europea. Se trata, por lo general, de recursos de anulación formulados contra decisiones de la Comisión Europea que constatan la ilegalidad de una ayuda y que declaran su incompatibilidad con el mercado común.

Por lo que se refiere al reparto de competencias entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia, hasta ahora y básicamente cuando las autoridades nacionales están representadas por el Gobierno central –el Reino de España, la República francesa, etc.– el recurso es examinado por el Tribunal de Justicia y no se plantea problema alguno de legitimación activa; en cambio, cuando son otras las autoridades que impugnan, por ejemplo los poderes territoriales descentralizados (Cantabria, Valonia, Flandes, Toscana, etc.) de los asuntos conoce el Tribunal de Primera Instancia y casi siempre se examina previamente la legitimación activa del recurrente.³⁷

Como resultado de este control jurisdiccional, los tribunales comunitarios han establecido el alcance del concepto de ayuda de Estado, las relaciones de cooperación leal entre la Comisión y las administraciones nacionales y los principios generales del procedimiento administrativo (motivación, seguridad jurídica, confianza legítima, etcétera).

También son frecuentes los recursos por incumplimiento seguidos contra los distintos estados miembros que vulneran el régimen de las ayudas. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la Comisión Europea tiene a su disposición un procedimiento especial tal como lo enuncia el artículo 88.2 del Tratado CE, que constituye una variante del procedimiento general por incumplimiento, para llevar a las autoridades nacionales ante el Tribunal de Justicia.

Por lo general, estos recursos terminan con una sentencia declarativa del Tribunal comunitario en la que se constata el incumplimiento por las autoridades nacionales. A partir de la nueva redacción dada por el Tratado de Maastricht, el artículo 228.2 del Tratado CE permite

que, a propuesta de la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia imponga a los estados miembros el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva hasta que las autoridades nacionales cumplan la sentencia declarativa del incumplimiento (por ejemplo, recuperando todas las ayudas ilegales e incompatibles concedidas a las empresas).

4.1.2. Las ayudas de Estado, los tribunales nacionales y los reenvíos prejudiciales al Tribunal de Justicia

Los poderes del juez nacional en materia de ayudas de Estado son especialmente limitados y se reducen a vigilar lo dispuesto en el artículo 88.1.3, *in fine*, del Tratado CE. Este alcance limitado de los poderes del juez nacional ha circunscrito los problemas jurídicos planteados por vía prejudicial a la determinación del concepto de ayuda de Estado en la medida en que es presupuesto para aplicar el referido artículo del Tratado CE y al alcance de los poderes del juez ante el incumplimiento por las autoridades nacionales de la suspensión de la ejecución.

Estos dos aspectos están presentes, por ejemplo, en la Sentencia de 15 de julio de 2004, *Pearle BV*, donde el Tribunal de Justicia, requerido por un tribunal holandés, recordó:

“Incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales proteger los derechos de los justiciables frente a un posible incumplimiento, por parte de las autoridades nacionales, de las obligaciones que se derivan del artículo 93, apartado 3, del Tratado para los estados miembros (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de noviembre de 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, C-354/90, Rec. p. I-5505, apartado 12, y de 16 de diciembre de 1992, *Lornoy y otros*, C-17/91, Rec. p. I-6523, apartado 30). Para poder determinar si una medida estatal ha sido adoptada infringiendo dicha disposición, el órgano jurisdiccional nacional puede verse obligado a interpretar el concepto de ayuda contemplado en el artículo 92, apartado 1, del Tratado (véanse las sentencias *Steinike & Weinlig*, antes citada, apartado 14; de 30 de noviembre de 1993, *Kirsammer-Hack*, C-189/91, Rec. p. I-6185, apartado 14, y *SFEI y otros*, antes citada, apartado 49). La obligación de notificar y la prohibición de ejecutar las ayudas, previstas en el artículo 93, apartado 3, del Tratado, se refieren, en efecto, a los proyectos dirigidos a conceder o a modificar ayudas en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado.”³⁸

Esta vía es la que ha permitido que el Tribunal de Justicia profundice en el alcance, por ejemplo, del con-

37. TJ CE, autos de 21 de marzo de 1997, *Région wallonne / Comisión*, C-95/97 (Rec. p. I-1787, apartado 6), y de 1 de octubre de 1997, *Regione Toscana / Comisión* (C-180/97, Rec. p. I-5245, apartado 6); TPI CE, Sentencia de 30 de abril de 1998, *Vlaams Gewest / Comisión* (T-214/95, Rec. p. II-717, apartado 28)

y auto de 16 de junio de 1998, *Comunidad Autónoma de Cantabria / Consejo* (T-238/97, Rec. p. II-2271, apartado 42).

38. TJ CE, Sentencia de 15 de julio de 2004, *Pearle BV y otros* (C-345/02, Rec. p. I, apartado 31).

cepto de ayuda de Estado en relación con los servicios públicos; pero también ha ofrecido una vía de particular importancia a la hora de asegurar la efectiva aplicación del régimen comunitario de ayudas de Estado.

4.2. El control judicial de la gestión de los fondos europeos

En el control por los tribunales de la gestión de los fondos europeos se invierte el papel de los jueces comunitarios y nacionales respecto del régimen de ayudas de Estado. En materia de gestión de fondos europeos, dado su carácter preferentemente descentralizado, el control jurisdiccional más frecuente es el que corresponde a los jueces nacionales en su tarea de control de la gestión de las administraciones nacionales, sin perjuicio de que al tener que aplicar legislación europea puedan recurrir por vía prejudicial al Tribunal de Justicia. En cambio, los tribunales comunitarios quedan relegados a un segundo plano como tribunales administrativos para resolver litigios entre la Comisión Europea y las administraciones nacionales (por ejemplo, decisiones de liquidación de cuentas) y sólo en contados casos para atender impugnaciones directas de particulares beneficiarios de ayudas gestionadas directamente por la Comisión Europea.

4.2.1. El control por los tribunales comunitarios de la gestión de los fondos europeos

El control de la gestión de los fondos europeos por los tribunales comunitarios se limita a las relaciones entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales, y sólo en casos muy particulares se ocupa de algunos proyectos financiados directamente por la Comisión Europea.

Por lo que se refiere al control de la gestión directa de determinados proyectos subvencionados directamente por la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia y, en casación, el Tribunal de Justicia, actúan como jueces contencioso-administrativos, resolviendo controversias, por ejemplo, sobre el reintegro decidido por la Comisión Europea de fondos mal gestionados. De este control se han deducido principios básicos de la actuación administrativa como el deber de motivación, la proporcionalidad, la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima.

Así, por ejemplo, en la Sentencia de 14 de septiembre de 2004 el Tribunal de Primera Instancia enjuició la legalidad de una decisión de la Comisión por la que se ordenaba el reembolso de la cantidad anticipada por la Comisión para la financiación, a través del FEDER, de una feria internacional en el sector textil en Capri. En esta sentencia se examinaron las relaciones entre la Comisión y los beneficiarios de las ayudas, y el Tribunal

comunitario puntualizó:

“Según jurisprudencia consolidada, los solicitantes y los beneficiarios de ayudas asumen una obligación de información y de lealtad, que les exige asegurarse de que proporcionan a la Comisión información fiable que no pueda inducirla a error, pues de otro modo el sistema de control y comprobación establecido para verificar si se han cumplido los requisitos de concesión de la ayuda no podría funcionar correctamente (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de octubre de 2002, *Astipescia / Comisión*, T-180/00, Rec. p. II-3985, apartado 93, y la jurisprudencia que allí se cita).”³⁹

4.2.2. El control por los jueces nacionales de la gestión de los fondos europeos por las administraciones nacionales y el reenvío prejudicial

La gestión de los fondos europeos, en especial del Feoga-Garantía, por las autoridades nacionales se ha encomendado básicamente a las administraciones nacionales, por lo que el control judicial corresponde de manera clara a los jueces nacionales que en ocasiones han recurrido al reenvío prejudicial para obtener un pronunciamiento sobre la validez o la interpretación de las normas comunitarias aplicables.

Así, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de septiembre de 2002 el Tribunal de Justicia responde a un reenvío prejudicial del Tribunal Supremo austriaco sobre la validez y la interpretación del Reglamento (CEE) núm. 2078/92 del Consejo, de 30 de junio de 1992, sobre métodos de producción agraria compatibles con las exigencias de la protección del medio ambiente y la conservación del espacio natural. En el asunto principal la Administración austriaca reclamaba de un agricultor, Martin Huber, que devolviese las subvenciones percibidas por haber utilizado fungicidas prohibidos, tal como establecían unas directrices especiales para el programa austriaco de fomento de una agricultura extensiva y compatible con las exigencias de la protección del medio ambiente y la conservación del espacio natural que no le habían comunicado. A estos efectos, el Tribunal de Justicia razonó su respuesta en estos términos:

“A este respecto, según reiterada jurisprudencia, siempre que el Derecho comunitario, incluidos los principios generales de éste, carezca de normas comunes, la ejecución de una normativa comunitaria por las autoridades nacionales competentes deberá atenerse a las normas de procedimiento y de forma establecidas en el Derecho del Estado miembro de que se trate. No obstante, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, la utilización de las normas nacionales sólo es posible en

39. TPI CE, Sentencia de 14 de septiembre de 2004, *Associazione Consorzi Tessili (Ascontex) / Comisión* (T-290/02, Rec. p. II).

la medida necesaria para la ejecución de las disposiciones de Derecho comunitario y siempre que la aplicación de dichas normas nacionales no menoscabe el alcance y la eficacia del referido Derecho comunitario, incluidos los principios generales de éste (véase, en particular, la Sentencia de Flemmer y otros, antes citada, apartado 55).⁴⁰

Asimismo, el Tribunal de Justicia se pronunció en la Sentencia de 8 de enero de 2002 respecto de un reenvío prejudicial procedente de un tribunal holandés que preguntaba sobre el alcance de la competencia de las autoridades nacionales para indemnizar a los ganaderos de bovinos y para determinar el importe de la indemnización por el sacrificio de terneros británicos ordenado en el marco de la crisis de la encefalopatía espongiforme bovina. El Tribunal de Justicia consideró, por una parte, que las autoridades holandesas tenían competencia para ordenar el sacrificio de terneros originarios del Reino Unido presentes en su territorio, y para adoptar una medida de indemnización accesoria a la medida que imponía el sacrificio de los animales; en cambio, el Tribunal comunitario precisó que la reglamentación comunitaria se oponía a que, una vez que está en vigor un reglamento comunitario que resulte aplicable, el importe de la indemnización que ha de pagarse a los ganaderos se fije con arreglo a las disposiciones nacionales.⁴¹

4.3. Jueces, control de ayudas de Estado y gestión de fondos europeos en España

La experiencia del control jurisdiccional desde un punto de vista español es muy reveladora. Por una parte, los tribunales españoles no han sido muy activos en cuanto se refiere al control del régimen comunitario de ayudas de Estado, probablemente como consecuencia de su complejidad técnica. Por otra parte, en cambio, la gestión de los fondos europeos en España ha aumentado la jurisprudencia elaborada por los tribunales españoles, incluido la del Tribunal Constitucional, que ha tenido que determinar a quién correspondía la competencia constitucional, si al Estado o a las comunidades autónomas, para la gestión de los fondos europeos.

4.3.1. El régimen de ayudas de Estado españolas ante los tribunales comunitarios y ante los jueces españoles

El control jurisdiccional del régimen de ayudas de Estado por los tribunales comunitarios y por los tribunales españoles puede ilustrarse con varios recursos de

anulación interpuestos ante el Tribunal de Justicia y ante el Tribunal de Primera Instancia, un recurso por incumplimiento y algunas de las cuestiones prejudiciales.

En efecto, el Tribunal de Justicia acaba de desestimar, por Sentencia de 11 de noviembre de 2004, el recurso de anulación presentado por España contra la Decisión 2003/293/CE de la Comisión sobre ayudas al sector agrario tras el alza de los precios de los carburantes ante los débiles argumentos y evasivas de la defensa española por la concesión de beneficios fiscales en la transmisión de explotaciones agrarias y la bonificación de préstamos y garantías para los agricultores.⁴²

También el Tribunal de Justicia ha desestimado en la Sentencia de 14 de octubre de 2004 el recurso de anulación formulado por España contra la Decisión 2002/411/CE de la Comisión, de 12 de marzo, relativa a la ayuda del Principado de Asturias en favor de los productores de leche de vaca. En este caso la Comisión Europea había declarado ilegales las ayudas del Gobierno regional asturiano consistentes en una bonificación de los tipos de interés de los préstamos suscritos para financiar la adquisición de cuotas lecheras y, asimismo, el Tribunal de Justicia reiteró su jurisprudencia sobre las limitaciones de las autoridades nacionales para intervenir en ámbitos sometidos a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea, como es el caso de la política agrícola comunitaria:

“Conforme a reiterada jurisprudencia, cuando la Comunidad haya establecido una organización común de mercado en un determinado sector, es la Comunidad quien ha de buscar soluciones a los problemas planteados en el ámbito de la política agraria común. Por consiguiente, los estados miembros han de abstenerse de adoptar cualquier medida unilateral en dicho ámbito, por más que pueda servir de apoyo a la política común de la Comunidad (véanse las sentencias, antes citadas, Comisión / Francia [216/84], apartado 18; Italia / Comisión [C-86/89], apartado 19, y Zoni [90/86], apartado 26).

[...]

“Como se ha señalado en el apartado 20 de la presente sentencia, sólo son legales las ayudas expresamente autorizadas por el Reglamento núm. 3950/92. Esta legalidad no depende de los efectos que pueda tener dicha ayuda en el funcionamiento del mercado de la leche y de los productos lácteos. Por consiguiente, si no está expresamente autorizada por dicho reglamento tal ayuda es ilegal, aun cuando no pueda distorsionar el funcionamiento del referido mercado.”⁴³

Y también, prácticamente por las mismas razones, el

40. TJ CE, Sentencia de 19 de septiembre de 2002, Huber (C-336/00, Rec. p. I-7699, apartado 61).

41. TJ CE, Sentencia de 8 de enero de 2002, H. van den Bor BV (C-428/99, Rec. p. I-127).

42. TJ CE, Sentencia de 11 de noviembre de 2004, España / Comisión (ayudas

a los agricultores por alza del precio de los carburantes) (C-73/03, Rec. p. I).

43. TJ CE, Sentencia de 14 de octubre de 2004, España / Comisión (ayuda a los productores asturianos de leche de vaca) (C-173/02, Rec. p. I, apartados 19 y 31).

Tribunal de Justicia desestimó en su Sentencia de 19 de septiembre de 2002 un recurso de anulación planteado por España contra la Decisión 2000/237/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativa al régimen de ayudas ejecutado por España en favor de las producciones hortícolas con destino a la transformación industrial en Extremadura en la campaña de 1997-1998.⁴⁴

En cambio, la Sentencia de 14 de septiembre de 2004 estimó el recurso formulado por España contra la Decisión 2002/935 de la Comisión relativa a la ayuda al Grupo de Empresas Álvarez (GEA) al apreciar el Tribunal de Justicia un error de hecho, pues la Comisión Europea no había tenido en cuenta que las autoridades españolas, en este caso la Agencia Tributaria, habían iniciado varios procedimientos de embargo de bienes inmuebles y de una cuenta bancaria de GEA y de un crédito frente al Tesoro Público. A juicio del Tribunal de Justicia, la Comisión “no podía considerar de forma general que ‘el Reino de España no había adoptado las medidas previstas por la normativa española (procedimientos ejecutivos separados) para evitar que las empresas continuaran su actividad sin cumplir sus obligaciones fiscales y de seguridad social’, y deducir que ‘el comportamiento del Estado no permite en modo alguno concluir que actuó como un acreedor privado diligente que hace todo lo posible por recuperar al menos una pequeña parte de los impuestos y de las cotizaciones adeudados.’”⁴⁵

Asimismo, cada vez es más frecuente la impugnación por organismos territoriales españoles de decisiones de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado de las que, por lo general, conoce el Tribunal de Primera Instancia. Así, por ejemplo, en su Sentencia de 5 de agosto de 2003, el Tribunal de Primera Instancia desestimó sendos recursos formulados por P & O European Ferries (Vizcaya), S.A. y por la Diputación Foral de Vizcaya contra la Decisión 2001/247 de la Comisión relativa al régimen de ayudas ejecutado por España en favor de la compañía marítima Ferries Golfo de Vizcaya mediante un acuerdo en el que había participado tanto la Diputación como la Consejería vasca de Comercio y Turismo que adquirieron 26.000 bonos de viaje en la línea marítima Bilbao-Portsmouth por un importe de 911.800.000 pesetas para un período de tres años (marzo de 1993 a marzo de 1996), así como un nuevo contrato para el período de 1995 a 1998. Después de haber rechazado pormenorizadamente los distintos motivos de

impugnación, el Tribunal de Primera Instancia dedujo las consecuencias de las ayudas ilegales, es decir, las que no han sido notificadas previamente a la Comisión en cuanto se refiere a la devolución y a su motivación:

“Es necesario recordar que la supresión de una ayuda estatal concedida ilegalmente por vía de recuperación es la consecuencia lógica de la comprobación de su ilegalidad (Sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica / Comisión, antes citada, apartado 66). En efecto, la obligación del Estado de suprimir una ayuda que la Comisión considera incompatible con el mercado común tiene por objeto restablecer la situación anterior (Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1995, Comisión / Italia, C-350/93, Rec. p. I-699, apartado 21, y de 17 de junio de 1999, Bélgica / Comisión, C-75/97, Rec. p. I-3671, apartado 64).

“Así, por lo que se refiere a la obligación de la Comisión de motivar una decisión que ordene la recuperación de una ayuda ilegal, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, en materia de ayudas de Estado, cuando, en contra de lo dispuesto en el artículo 88 de la CE, apartado 3, la subvención proyectada haya sido ya entregada, la Comisión, que puede requerir a las autoridades nacionales para que ordenen la devolución, no está obligada a exponer motivos específicos que justifiquen el ejercicio de esa facultad (sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 1994, España / Comisión, asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92, Rec. p. I-4103, apartado 78; de 17 de junio de 1999, Bélgica / Comisión, antes citada, apartado 82, y sentencia CETM / Comisión, antes citada, apartado 172).”⁴⁶

En fin, una muestra de la saga de las vacaciones fiscales vascas la constituyen las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2004 que desestiman sendos recursos de casación planteados por Demesa (filial española de Daewoo) y Ramondín, junto con la Diputación Foral de Álava, contra las respectivas sentencias de 6 de marzo de 2002 del Tribunal de Primera Instancia que confirmaban la legalidad de las decisiones de la Comisión Europea que declaraban ilegales e incompatibles las ayudas concedidas a las referidas empresas (3,9 millones de euros a Demesa para instalar una fábrica de frigoríficos y 10,4 millones de euros a Ramondín por trasladar sus instalaciones de Logroño a Álava).⁴⁷

Las denuncias de tales ayudas llegaron a la Comisión a través de la Asociación Nacional de Fabricantes de

44. TJ CE, Sentencia de 19 de septiembre de 2002, España / Comisión (ayudas al sector hortícola en Extremadura) (C-113/00, Rec. p. I-7601, apartado 73).

45. TJ CE, Sentencia de 14 de septiembre de 2004, España / Comisión (ayudas a GEA y VANOSA) (C-276/02, Rec. p. I, apartado 36); no obstante, el abogado general Miguel Poiras Maduro había sido menos benevolente con el Gobierno español al considerar que se apreciaba falta de eficacia y de diligencia en su comportamiento como “acreedor privado hipotético” (apartados 41 a 44 de las conclusiones, de 1 de abril de 2004).

46. TPI CE, Sentencia de 5 de agosto de 2003, P & O European Ferries (Vizcaya), S.A. y Diputación Foral de Vizcaya / Comisión (T-116/01 y T-118/01, Rec. p. II, apartados 223-224).

47. TJ CE, Sentencia de 11 de noviembre de 2004, Demesa y Diputación Foral de Álava / Comisión (C-183/02P y C-187/02P, Rec. p. I); y Sentencia de 11 de noviembre de 2004, Ramondín y Diputación Foral de Álava / Comisión (C-186/02P y C-188/02P, Rec. p. I).

Electrodomésticos de Línea Blanca y del Consejo Europeo de la Construcción de Electrodomésticos en el asunto Demesa; mientras que en el caso de Ramondín fue el propio presidente de la Comunidad Autónoma de La Rioja quien denunció el traslado a Laguardia de la empresa fabricante de cápsulas para precintar botellas de vino radicada en Logroño.

En ambas sentencias el Tribunal de Justicia desestimó el recurso de casación. Probablemente el razonamiento más importante del Tribunal de Justicia se recoge en la sentencia en la que rechaza la vulneración del principio de confianza legítima invocado por Demesa, la empresa beneficiaria de las ayudas, en los términos siguientes:

“Habida cuenta del carácter imperativo del control de las ayudas estatales que con arreglo al artículo 93 del Tratado efectúa la Comisión, las empresas beneficiarias de una ayuda sólo pueden, en principio depositar una confianza legítima en la validez de la ayuda cuando ésta se conceda con observancia del procedimiento que prevé dicho artículo, y, por otra parte, que, en circunstancias normales, todo agente económico diligente debe poder comprobar si ha sido observado dicho procedimiento (sentencia de 20 de septiembre de 1990, Comisión / Alemania, C-5/89, Rec. p. I-3437, apartado 14; de 14 de enero de 1997, España / Comisión, C-169/95, Rec. p. I-135, apartado 51, y de 20 de marzo de 1997, Alcan Deutschland, C-24/95, Rec. p. I-1591, apartado 25).

“En particular, cuando se ejecuta una ayuda sin notificación previa a la Comisión, de modo que es ilegal en virtud del artículo 93, apartado 3, del Tratado, el beneficiario de la ayuda no puede, en ese momento, depositar una confianza legítima en la legalidad de la concesión de dicha ayuda (Sentencia Alcan Deutschland, antes citada, apartado 30 y 31).”⁴⁸

Por lo que se refiere a los procedimientos por incumplimiento es significativo recordar que ya en su Sentencia de 26 de junio de 2003 el Tribunal de Justicia había declarado que el Reino de España había incumplido las obligaciones de la Decisión 2000/131 de la Comisión Europea por la que se declaraba que la ayuda estatal concedida por España en favor de los astilleros de titularidad pública era ilegal e incompatible con el mercado común y exigía la devolución de 110.892.743,38 euros “con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional”. Dados los débiles motivos de impugnación del Gobierno español, el Tribunal de Justicia desestimó el recurso basándose, sustancialmente, en los siguientes fundamentos:

“Cabe recordar que, según jurisprudencia reiterada,

la supresión de una ayuda ilegal mediante su recuperación es la consecuencia lógica de la declaración de su ilegalidad, consecuencia que no puede depender de la forma en que la ayuda fue otorgada (véanse, en particular, las sentencias de 10 de junio de 1993, Comisión / Grecia, C-183/91, Rec. p. I-3131, apartado 16, y Comisión / Portugal, antes citada, apartado 38).

“Es asimismo jurisprudencia reiterada que, cuando la decisión de la Comisión por la que se exige la supresión de una ayuda de Estado incompatible con el mercado común no haya sido objeto de recurso directo o se haya desestimado dicho recurso, el único motivo que un Estado miembro puede invocar en su defensa contra un recurso por incumplimiento, interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 88 de la CE, apartado 2, es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la decisión (véanse las sentencias de 4 de abril de 1995, Comisión / Italia, C-348/93, Rec. p. I-673, apartado 16; de 22 de marzo de 2001, Comisión / Francia, C-261/99, Rec. p. I-2537, apartado 23, y de 2 de julio de 2002, Comisión / España, C-499/99, Rec. p. I-6031, apartado 21).

“El hecho de que un Estado miembro sólo pueda invocar contra tal recurso la existencia de una imposibilidad absoluta de ejecución no impide que el Estado que, al ejecutar una decisión de la Comisión en materia de ayudas de Estado, encuentre dificultades imprevistas o imprevisibles o advierta consecuencias no contempladas por la Comisión, someta estos problemas a la apreciación de esta última, proponiendo las modificaciones apropiadas de la decisión de que se trate. En tal caso, la Comisión y el Estado miembro, con arreglo a la norma que impone a los estados miembros y a las instituciones comunitarias deberes recíprocos de cooperación leal, que inspira principalmente el artículo 10 de la CE, deben colaborar de buena fe para superar las dificultades dentro del pleno respeto a las disposiciones del Tratado, especialmente las relativas a las ayudas (véanse las sentencias, antes citadas, de 4 de abril de 1995, Comisión / Italia, C-350/93, apartado 16, y Comisión / Francia, apartado 24; de 3 de julio de 2001, Comisión / Bélgica, C-378/98, Rec. p. I-5107, apartado 31, y Comisión / España, antes citada, apartado 24).”⁴⁹

El examen por los tribunales españoles de litigios a los que resulta aplicable el régimen comunitario de ayudas de Estado resulta más bien excepcional. Es decir, sólo en algunos casos los jueces españoles tienen ocasión de pronunciarse al respecto y cuando lo hacen no siempre demuestran un conocimiento profundo del régimen europeo.⁵⁰ Por esa razón son escasas aunque especialmente signi-

48. TJ CE, Sentencia de 11 de noviembre de 2004, Demesa, antes citada, apartados 44 y 45.

49. TJ CE, Sentencia de 26 de junio de 2003, Comisión / España (incumplimiento de la obligación de recuperar ayudas a los astilleros públicos) (C-404/00, Rec. p. I-6695, apartados 44 a 46).

50. En otras sentencias, sin embargo, el Tribunal Supremo se muestra especialmente cuidadoso y atento a aplicar las normas comunitarias como demuestra, por ejemplo, su Sentencia de 11 de junio de 2001 (Sala 3.ª, Sección 3.ª, recurso núm. 117/2000, ponente: Campos Sánchez-Bordona) sobre los denominados costes de la transición a la competencia en el sector

ficativas las cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles sobre el régimen comunitario de ayudas de Estado.

No obstante, el Tribunal de Justicia se pronunció en la sentencia el 15 de marzo de 1994 y a requerimiento de la Audiencia Territorial de Valencia respecto de un litigio que enfrentaba al Banco de Crédito Industrial (que había sido sustituido por el Banco Exterior de España) con el Ayuntamiento de Valencia por las liquidaciones del impuesto municipal de radicación. En este caso, el Tribunal de Justicia distinguió claramente entre las “ayudas existentes”, que eran precisamente las que constituían el objeto de la controversia ante el Tribunal valenciano por haber sido establecidas antes de la adhesión de España en 1985 y que, por tanto, no estaban sometidas a la obligación de la notificación previa, y las ayudas nuevas que hubiesen requerido su notificación a la Comisión Europea.⁵¹

En cambio, el procedimiento prejudicial instado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con las denominadas “vacaciones fiscales vascas”, adoptadas por las diputaciones forales, fue archivado antes de que se pronunciase sentencia y a pesar de que ya se había pronunciado el abogado general en sus conclusiones considerando que, efectivamente, se trataba de ayudas de Estado ilegales.⁵²

4.3.2. La gestión de los fondos europeos ante los tribunales comunitarios y españoles

El control de la gestión de los fondos europeos en España se reparte entre los tribunales comunitarios y los tribunales españoles; y de estos últimos debe destacarse la labor realizada por el Tribunal Constitucional con el fin de dirimir conflictos entre la Administración del Estado y las comunidades autónomas.

4.3.2.1. Los tribunales comunitarios y la gestión de fondos europeos en España: la liquidación de cuentas

En la última década han sido muy frecuentes los litigios entre España y la Comisión Europea por lo que se refiere a la liquidación de cuentas, fundamentalmente, del Feoga-Garantía. El Tribunal de Justicia ha desestimado, por regla general, los numerosos recursos que se han planteado contra reclamaciones de la Comisión Europea de cantidades importantes a las autoridades españolas por incumplimiento de las normas sobre la gestión de los fondos europeos.

Por referirse a un ejemplo reciente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de octubre de 2004 resuelve un recurso de anulación presentado por España contra la

Decisión de la Comisión por la que se excluían de la financiación por el Feoga-Garantía los gastos de los ejercicios 1996 a 1998. La naturaleza y la cuantía de los reintegros reclamados eran, en síntesis, los siguientes: en las ayudas a la producción de aceite de oliva en 1997 y 1998 se aplicó una corrección del cinco por ciento de los gastos por un total de 11.826.116.171 pesetas; las ayudas al consumo del aceite de oliva fueron objeto de una corrección del diez por ciento de los gastos declarados en 1996 por un importe de 832.182.856 pesetas; las correcciones por haber sobrepasado España la cantidad de referencia de la cuota láctea, contabilizándose una tasa suplementaria de 8.020.335.291 pesetas, suponían en concepto de intereses de demora 2.426.259.870 pesetas; en el sector de los cultivos herbáceos se sobrepasaron las superficies básicas en Aragón, Castilla y León, y País Vasco, por lo que se aplicó una corrección de 27.823.775.209 pesetas; en fin, respecto de Andalucía la Comisión exigió la devolución de 2.668.866.704 pesetas por la falta de controles sobre el terreno del régimen de cultivos herbáceos.

El Tribunal de Justicia examinó pormenorizadamente cada una de las correcciones anteriores deteniéndose en el cumplimiento por las autoridades españolas de las distintas obligaciones comunitarias (registro oleícola, fichero informatizado, etc.), así como la cuantía de la corrección aplicada (cinco por ciento, diez por ciento, etc., de la ayuda total al sector). El Tribunal comunitario estimó el recurso únicamente en relación con la tasa suplementaria en el sector de la leche al no haber utilizado la Comisión una base jurídica apropiada. Por lo demás, en esta sentencia el Tribunal de Justicia reiteró su jurisprudencia, conforme a la cual:

“La gestión de la financiación del Feoga descansa principalmente en las administraciones encargadas de velar por el estricto respeto de las normas comunitarias. Este régimen, basado en la confianza entre las autoridades nacionales y comunitarias, no conlleva ningún control sistemático por parte de la Comisión para la que, además, sería materialmente llevarlo a cabo. Tan sólo el Estado miembro está en condiciones de conocer y determinar con precisión los datos necesarios para la elaboración de las cuentas del Feoga, ya que la Comisión no goza de la inmediatez necesaria para obtener de los agentes económicos la información que necesita (sentencias de 1 de octubre de 1998, Irlanda / Comisión, C-238/96, Rec. p. I-5801, apartado 30, y de 24 de enero de 2002, Francia / Comisión, C-118/99, Rec. p. I-747, apartado 37).”⁵³

En otros casos algunas regiones españolas han preten-

51. TJ CE, Sentencia de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Rec. p. I-877).

52. Conclusiones del abogado general Antonio Saggio, de 1 de julio de 1999

(C-400/97, C-401/97 y C-402/97).

53. TJ CE, Sentencia de 7 de octubre de 2004, España / Comisión (liquidación de cuentas del Feoga) (C-153/01, Rec. p. I, apartado 133).

dido actuar autónomamente ante los tribunales comunitarios respecto de las relaciones que de modo habitual mantienen el Gobierno central español y las instituciones europeas. No obstante, los resultados suelen ser bastante desesperanzadores. Así lo confirma, por ejemplo, el auto, de 13 de julio de 2004, del Tribunal de Primera Instancia que declara la inadmisibilidad del recurso planteado por la Comunidad Autónoma de Andalucía contra un informe del director general de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) referido a las investigaciones sobre las irregularidades en la financiación del Feoga-Garantía de la venta de aceite de oliva de repaso como aceite de oliva virgen en las que estaría implicada la Consejería andaluza de Agricultura;⁵⁴ el Tribunal comunitario considera que en este supuesto el controvertido informe final de la OLAF no es un acto que sea susceptible de recurso de legalidad por no producir efectos jurídicos vinculantes.

En los pocos casos de los que han conocido los tribunales comunitarios referidos a la gestión directa por la Comisión de fondos europeos se ha puesto de manifiesto la necesidad, incluso en estos supuestos, de mantener una estrecha cooperación con las autoridades nacionales. Así, por ejemplo, en las correcciones individuales aplicadas en la gestión de proyectos individuales financiados por el Fondo Social Europeo o por el Feoga-Orientación “se considera un requisito sustancial de forma ofrecer al Estado miembro interesado la posibilidad de presentar sus observaciones antes de que se reduzca una ayuda”.⁵⁵

4.3.2.2. El Tribunal Constitucional español y los conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en la gestión de fondos europeos

La Sentencia 79/1992, de 28 de mayo, el Tribunal Constitucional, relativa a la instrumentación de ayudas del Feoga-Garantía, constituye un hito jurisprudencial en la determinación del reparto constitucional de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en la gestión de los fondos europeos.⁵⁶ En virtud de esta sentencia, el Tribunal Constitucional resolvió quince conflictos de competencias planteados, fundamentalmente, por Cataluña y por el País Vasco, en relación con la aplicación del Feoga-Garantía. La doctrina constitucional relativa a las subvenciones que se aplica es la que se recogía previamente en la Sentencia 13/1992 conforme a la cual:

“La gestión de los fondos destinados al fomento de las

actividades del sector consignados en los presupuestos generales del Estado corresponde, por regla general, a las comunidades autónomas, lo que implica que deben ser distribuidos entre ellas conforme a criterios objetivos o mediante convenios, sin consignarlos en favor de ningún organismo intermediario. Esta regla puede ser excepcionada, sin embargo, de manera que se proceda a la gestión centralizada de los fondos por un órgano de la Administración del Estado u organismo de ésta dependiente, cuando resulte imprescindible, para asegurar la plena efectividad de las ayudas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar iguales posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos destinados al sector. En todo caso, la procedencia de esta gestión centralizada debe aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate.”⁵⁷

En la Sentencia 128/1999, el Tribunal Constitucional, a requerimiento de Cantabria frente al Estado, reiteró su jurisprudencia y a estos efectos precisó en relación con la gestión en España del Feoga-Orientación:

“Estos principios generales no resultan alterados por el hecho de que las ayudas sobre las que se traba el conflicto dispongan de financiación comunitaria a través de la Sección Orientación del Feoga (artículo 2.2 del Reglamento (CEE) núm. 2328/1991), pues, las normas para resolver este conflicto habrán de ser ‘exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, ya que como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (STC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991 y 236/1991), la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y, las comunidades autónomas, criterios que [...] no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias’ (STC 79/1992.1).”⁵⁸

Obviamente, en estos casos y aun cuando sea necesario tener en cuenta el contexto jurídico comunitario europeo e incluso sea preciso aplicar normas europeas, el Tribunal Constitucional se resiste a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia que podría aclarar la mejor forma de gestionar los fondos europeos en España.

54. TPI CE, auto, de 13 de julio de 2004, Comunidad Autónoma de Andalucía / Comisión (T-29/03, Rec. p. II).

55. TJ CE, Sentencia de 12 de febrero de 2004, Hortiplant, SAT / Comisión (C-330/01P, Rec. p. I, apartado 33).

56. TC (Pleno), Sentencia 79/1992, de 28 de mayo, sobre instrumentación de ayudas del Feoga-Garantía (ponente: Rodríguez Bereijo).

57. TC (Pleno), Sentencia 13/1992, de 6 de febrero, relativa a las subvenciones recogidas en los presupuestos generales del Estado y las competencias de Cataluña (ponente: Tomás y Valiente), FJ 2.

58. TC (Pleno, Sentencia 128/1999, de 1 de julio, sobre cofinanciación de acciones estructurales agrarias en Cantabria (ponente: Casas Baamonde).

4.3.2.3. Los jueces españoles y el control contencioso-administrativo de la gestión de los fondos europeos en España

A los tribunales ordinarios españoles corresponde el control de la legalidad de la instrumentación de las ayudas comunitarias y su aplicación en los casos particulares. Por una parte, los distintos tribunales españoles controlan la reglamentación española de gestión de los fondos europeos aplicando como parámetros de control tanto la legislación comunitaria como la nacional. Asimismo, en los casos concretos deben determinarse los derechos que derivan para los particulares de percibir las distintas subvenciones. A título de ejemplo baste recordar cómo en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2003, que resolvía la impugnación presentada por la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos (COAG)-Iniciativa Rural contra el Real decreto 1893/1999 sobre pagos por superficie a determinados productos agrícolas, se hace la referida distinción:

“En el caso de autos, a más de que en el cuerpo de la demanda no se razona sobre este extremo, lo cierto es que resulta muy dudoso que los recurrentes sean titulares de derechos subjetivos y esté fundada la pretensión de que se reconozca una situación jurídica individualizada. Pues no puede mantenerse que tales derechos se basen en el reglamento comunitario, ya que éste establece los principios y criterios de política agraria común, pero deja a los estados miembros un margen considerable para que procedan a su aplicación, y son dichos estados los que al realizarla reconocen derechos individuales. Por otra parte es de tener en cuenta que la anulación del artículo 10 del real decreto que hemos declarado anteriormente se basa solo por así decirlo en que la omisión de un requisito obligado, la motivación o justificación del precepto, implica una actuación que por arbitraria no está fundada en derecho. Pero una motivación suficiente hubiera subsanado este defecto, y hubiera dado lugar a que el precepto, en cuanto al fondo, no pudiera merecer tacha de ilegalidad por traducir o expresar los criterios de las autoridades españolas en materia de política agraria. De ello se sigue que no podemos acoger la pretensión de que se reconozca el derecho a percibir las ayudas, lo que implica que deba estimarse solo parcialmente el recurso.”⁵⁹

En esta labor los tribunales españoles tienen abiertas las vías de colaboración prejudicial con el Tribunal de

Justicia. Aunque son muy escasos los ejemplos, conviene recordar que la Sentencia núm. 68/2003, de 31 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha⁶⁰ se basa en la que previamente había dictado el Tribunal de Justicia el 17 de octubre de 2002 al que había acudido por vía prejudicial para determinar la interpretación del concepto de “fuerza mayor” en la reglamentación comunitaria aplicable.⁶¹

También el Tribunal Supremo ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, que se pronunció en su Sentencia de 25 de marzo de 2004, Industrias de Deshidratación Agrícola, S.A./Administración del Estado (C-118/02), en relación con la interpretación de los reglamentos comunitarios referidos al régimen de ayudas en el sector de los forrajes desecados. En este caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo conocía de un recurso de anulación contra el Real decreto 283/1999, de 23 de febrero, sobre la normativa básica de las ayudas en el sector de los forrajes desecados. En su respuesta, el Tribunal de Justicia indicó que los reglamentos comunitarios no impedían que una normativa española impusiese exigencias particulares relativas al modo de entrega, al contenido de humedad, al plazo de transformación y a su cultivo en un área definida de los forrajes verdes o frescos para transformar.⁶²

Pero también resulta importante la labor de control de los jueces españoles sobre los procedimientos de reintegro que comienzan a ser muy comunes, dada la importancia de las subvenciones en el ámbito agrario y también en materia de cohesión económica y social. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 29 de octubre de 2003, enjuicia el reintegro exigido por el Ministerio de Agricultura de una subvención por importe de 256.370,45 euros, concedidos de acuerdo con la iniciativa Leader II. A estos efectos, la Audiencia Nacional, frente a las alegaciones de la Asociación para el Desarrollo de los Ancares, precisó:

“De manera que aunque los beneficiarios finales de las ayudas de que se trata sean empresarios individuales o societarios, o cualquier otra forma jurídica recogida en la legislación vigente, así como los entes públicos de carácter local, es el Grupo de Acción Local el responsable de realizar el control sobre los beneficiarios para verificar la correcta aplicación, y de obtener de los mismos la recuperación de las ayudas pagadas, en caso de irregularidades, correspondiendo a dicho grupo efectuar el reembolso de toda cantidad a devolver. Es por

59. TS (Sala 3.ª, Sección 4.ª), Sentencia de 2 de junio de 2003 (impugnación del Real Decreto 1893/1999, sobre pagos por superficie a determinados productos agrícolas) (recurso núm. 127/2000, ponente: Baena del Alcázar).

60. TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), sentencia Sentencia núm. 68/2003, de 31 de enero (Parras Medina / Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de Castilla-La Mancha)

(recurso núm. 565/1998, ponente: Lozano Ibáñez).

61. TJ CE, Sentencia de 17 de octubre de 2002, Parras Medina / Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de Castilla-La Mancha (C-208/01, Rec. p. I-8955).

62. TJ CE, Sentencia de 25 de marzo de 2004, Industrias de Deshidratación Agrícola, S.A. / Administración del Estado (C-118/02, Rec. p. I-).

ello que regulada de esa forma la relación jurídica entre el Grupo de Acción Local y los organismos intermediarios, no puede considerarse que concurra causa de nulidad por el hecho de no haberse seguido directamente el procedimiento de control y de reintegro con los beneficiarios finales, al tratarse de obligaciones asumidas por el Grupo de Acción Local (artículos 31, 62 y concordantes, de la Ley 30/1992). La participación de los beneficiarios finales en las actuaciones de control efectuadas había de llevarse a cabo a través de la Asociación para el Desarrollo de Os Ancares, conforme a lo convenido.”⁶³

5. Conclusión

Del mismo modo que en los ámbitos nacionales, regionales y locales, en la integración supranacional europea las subvenciones tienen básicamente dos dimensiones bien distintas que responden a una intervención también de variada naturaleza y de diversa intensidad por parte de las administraciones, incluida la Comisión Europea, y que en todo caso queda sometida al control de los tribunales comunitarios y de los jueces nacionales.

La Unión Europea exige que las intervenciones públicas en favor de las empresas no distorsionen la libre competencia en el mercado común, lo que constituye uno de los valores fundamentales de la propia integración europea. Asimismo, la realización de las políticas comunitarias ha exigido diseñar un modelo preferentemente descentralizado de aplicación que reclama una coordinación, una colaboración y, en muchos casos, una cofinanciación por parte de las autoridades nacionales. La finalidad de tales regulaciones es muy distinta: por una parte, interesa conocer los efectos de las subvenciones, principalmente las que proceden de los presupuestos nacionales, en el mercado europeo; y, por otra parte, se pretende observar la canalización eficaz de una parte sustancial del presupuesto europeo a través de las administraciones nacionales.

La experiencia de España en la Unión Europea muestra la dificultad con que se está aplicando uno y otro régimen comunitario. Por una parte, la aplicación del régimen de ayudas de Estado en España presenta importantes deficiencias, como revelan los asuntos suficientemente conocidos de Izar, Magefesa, Intelhorce, etc., lo que no impide que sigan abriéndose investigaciones de la Comisión Europea sobre ayudas no notificadas incluso en ámbitos especialmente sensibles como la agricultura o la construcción naval. Por otra parte, la gestión de los fondos europeos no ha interesado hasta el momento tanto como la mera recepción de los mismos. Ahora

bien, las correcciones financieras sistemáticamente aplicadas a España, y también a otros países, muestran las dificultades para alcanzar una eficaz gestión de los fondos comunitarios.

La participación de las administraciones en el régimen de ayudas de Estado y en la gestión de los fondos europeos debe estar presidida, en ambos supuestos, por una mayor objetividad, una máxima transparencia y un intenso control; pero también la actuación de las distintas administraciones reclama más cooperación y más colaboración entre las administraciones. Sin embargo, hasta hace poco el régimen legal y administrativo de ayudas de Estado no había sido definido convenientemente. Asimismo, la Comisión Europea no ha sido lo suficientemente transparente y eficaz en el control de las ayudas de Estado. En fin, en demasiados casos las autoridades nacionales siguen concediendo ayudas públicas sin notificarlas previamente a la Comisión Europea.

La gestión administrativa descentralizada de los fondos europeos es la única vía posible en una Unión Europea de veinticinco estados miembros. La práctica administrativa y los tribunales comunitarios ya han perfilado suficientemente los principios inspiradores de una eficaz gestión administrativa mediante la cooperación leal, la subsidiariedad o la gobernabilidad. Del mismo modo, sería preciso aplicar con más fortuna el principio de buena gestión financiera.

Las sucesivas ampliaciones de la Unión Europea han impuesto como la única solución posible y razonable, tanto en el régimen de ayudas de Estado como en la gestión de los fondos europeos, la máxima descentralización posible y han exigido la mayor colaboración y coordinación entre la Comisión Europea y las administraciones nacionales.

A pesar de sus limitaciones y teniendo en cuenta su carácter codificador, la Ley general de subvenciones ha tenido un efecto particularmente rejuvenecedor en el Derecho español de subvenciones como consecuencia de la aplicación de la regulación comunitaria europea. En este sentido, el régimen español de subvenciones estaba muy necesitado de acomodarse al nuevo modelo de descentralización política y de autonomía local, tal como fue consagrado por la Constitución española de 1978, y en gran medida se ha hecho como consecuencia de las exigencias de la integración europea.

La tarea de los jueces en la Unión Europea consiste en la interpretación y la aplicación del Derecho comunitario. Ahora bien, los jueces cumplen una distinta función tratándose del régimen de ayudas de Estado y de la gestión de los fondos europeos.

63. AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) Sentencia de 29 de octubre de 2003 (reintegro de subvenciones del Leader II en favor de la

Asociación para el Desarrollo de los Ancares) (recurso núm. 62/2002, ponente: Mangas González).

En el caso de las ayudas de Estado el control de legalidad corresponde en sustancia a los jueces comunitarios, en la medida en que corresponde a la Comisión Europea la aplicación administrativa del control de las ayudas de Estado. En este ámbito los jueces nacionales sólo cumplen una función secundaria, pero también de importancia, al poder reclamar del Tribunal de Justicia por vía prejudicial que determine si en el supuesto concreto se puede considerar que estamos ante una ayuda de Estado y si las autoridades nacionales cumplen la obligación de no ejecutar las ayudas sin haberlas notificado a la Comisión Europea.

En materia de gestión de los fondos europeos el reparto de las competencias jurisdiccionales entre los tribunales nacionales y comunitarios es la inversa. Por una parte, lo habitual será que los jueces nacionales controlen la gestión descentralizada llevada a cabo por las administraciones nacionales, pudiendo, en tales supuestos, utilizar el reenvío prejudicial. El tipo de control desplegado en estos supuestos es fundamentalmente de carácter administrativo.

También en este ámbito el control de los jueces españoles ha mejorado con el tiempo. No obstante, en materia de ayudas de Estado apenas si ha habido litigios planteados, por ejemplo, por las empresas competidoras, y en los casos en que los han entablado no los han orientado convenientemente o no ha habido receptividad en los tribunales, incluido el Tribunal Supremo. En cambio, en la gestión de los fondos europeos se ha incrementado el número de recursos contencioso-administrativos que son resueltos mediante sentencias en las que con toda naturalidad se aplica el Derecho comunitario, aun cuando tampoco es frecuente recurrir a reenvíos prejudiciales al Tribunal de Justicia. ■

Aspectos generales del principio de precaución y su incidencia en el ámbito local

1. Introducción.

2. Cinco ideas-fuerza a propósito del principio de precaución.

2.1. El principio precaución constituye una magnitud jurídica diferente del concepto genérico de precaución. 2.2. Su fuerza vinculante como principio general del Derecho comunitario. 2.3. La incertidumbre científica y el riesgo tecnológico no aceptable, como presupuestos de su aplicación, ubican al principio de precaución en el ámbito de la gestión de riesgos. 2.4. La plenitud jurídica de su virtualidad exige compatibilizar su fuerza expansiva con su aplicación restrictiva. 2.5. Los actos y disposiciones administrativas fundamentadas en el principio de precaución son susceptibles de control jurisdiccional.

3. Relación de sentencias.

3.1. Jurisprudencia comunitaria (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia). 3.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3.3. Otras resoluciones.

Dimitry Berberoff Ayuda

Magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. Introducción

Hablar del principio de precaución, hoy por hoy, supone referirnos irremediablemente a un principio de moda, y por ello, en los últimos años, se echa mano del mismo, esgrimiendo su eficacia en campos tan diversos como medio ambiente, telecomunicaciones, sanidad o biotecnología, no faltando quienes detecten una aplicación del principio de precaución en aspectos tan dispares como por ejemplo, en la retirada del certificado de navegabilidad de todos los Concorde (portaestandarte de la tecnología franco británica) en el contexto de la utilización de productos como el bio-bac en la lucha contra el cáncer, así como en multitud de decisiones administrativas relativas al medio ambiente y salud pública, pasando por las más específicas consistentes en la denegación de la instalación de una antena de telecomunicaciones.

Se ha expresado que la *ratio essendi* del principio que nos ocupa, podría resumirse de la siguiente forma: “No debe esperarse a tomar las medidas necesarias para evitar o prevenir un perjuicio grave e irreversible hasta que se disponga de evidencia científica concluyente, ya que por aquel entonces, podría ser demasiado tarde.”

Pese al desarrollo que el principio ha adquirido en el Derecho comunitario, y de su incipiente recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (en el caso del español, incipiente al menos bajo esa formulación), generalmente a través de legislaciones sectoriales, en ámbitos tan distintos como medio ambiente, sanidad, biotecnología, telecomunicaciones o consumo, la proyección jurídica del principio de precaución, su contenido y límites, e incluso su valor normativo no aparecen perfectamente definidos.

En efecto, riesgos e incertidumbre científica son ingredientes conceptuales de necesario manejo a la hora de analizar el principio de precaución, siendo el “término” precaución, un concepto *fuzzy* –esto es, borroso o difuso–, y por tanto difícil de definir y entender mediante los tradicionales criterios cartesianos de claridad y distinción, por lo que, por mi parte, quedaría satisfecho si estas líneas posibilitasen una invitación a la reflexión sobre la forma de utilizar jurídicamente el principio de precaución, y sobre los mecanismos que el ordenamiento jurídico nos ofrece, para una correcta apreciación y control de las decisiones fundamentadas en el mismo.

Sin embargo, la preterición –¿intencionada?– de una definición del mismo en el Derecho positivo abona una serie de inquietantes interrogantes: ¿En qué consiste dicho principio de precaución o cautela? ¿Cuál es su virtualidad práctica? ¿Qué tipos de riesgos justifican su aplicación? ¿Cuál es el carácter de las potestades que actúa la Administración al fundamentar su decisión sobre la base de dicho principio? ¿Será revisable esa decisión por los tribunales? ¿Puede el juez fundamentar su decisión apelando al principio de precaución, por

ejemplo en sede de medidas cautelares (ex artículos 129 y siguientes de la LRJCA), o mediante la autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la salud pública (ex artículo 8.6 de la LRJCA)?

El intento de dar respuesta a dichos planteamientos, las dificultades de su integración y delimitación, la ausencia de conocimiento sobre sus últimas consecuencias, y su creciente invocación por las administraciones públicas, específicamente en el ámbito local, al ser precisamente las entidades locales, por el régimen de sus competencias –específicamente en ámbitos medioambientales, urbanísticos y de salubridad pública–, las llamadas a aplicar con mayor intensidad el principio de precaución, son circunstancias que provocarán que el control del mismo en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa cobre una dimensión inusitada en los próximos decenios.

2. Cinco ideas-fuerza a propósito del principio de precaución

2.1. El principio precaución constituye una magnitud jurídica diferente del concepto genérico de precaución

Esta afirmación, que superficialmente puede parecer una obviedad, en modo alguno se presenta como baladí, toda vez que la misma debidamente considerada en sus justos términos arroja suficiente luz esclarecedora sobre el ámbito y virtualidad del principio de precaución.

En uno de sus trabajos sobre esta cuestión, José Esteve Pardo (“Principio de precaución. El Derecho ante la incerteza científica”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, número 3, 2003), disertando sobre lo viejo y lo nuevo del principio de precaución, apunta que la apelación a la cautela, a la precaución o a la prudencia no es en absoluto una novedad desde el momento que muchos de los institutos y procedimientos jurídicos se orientan destacadamente a introducir criterios de cautela y precaución en la adopción de decisiones.

En un procedimiento de autorización de una actividad clasificada como molesta, nociva, insalubre o peligrosa, la cautela ante posibles riesgos, aunque no esté explícita y literalmente formulada, ocupa por supuesto un lugar central en las valoraciones que se realizan a lo largo del procedimiento, al igual que ocurre con la denominada evaluación de impacto ambiental.

Sin embargo, esa precaución que impregna estos procedimientos se diluye en ellos, y, al no tener sustantividad propia, resulta innecesario invocarla aisladamente, porque todo el expediente, todo el procedimiento, rezuma esa idea de precaución.

Según Esteve Pardo, la novedad del principio de precaución aparece en la versión sustantivizada y autónoma que se ofrece del mismo, surgiendo aquí el binomio ciencia-Derecho con una intensidad inusitada que

puede llevar a consecuencias excepcionales, toda vez que a través del principio de precaución, bajo esa nueva formulación, es posible excepcionar el régimen legal aplicable o incluso la firmeza de situaciones jurídicas obtenidas en base a esa legalidad.

El ejemplo que el autor propone es el de un producto destinado al consumo humano que cuenta con todas las autorizaciones exigibles, que pasa todos los controles establecidos, que cumple escrupulosamente con la legalidad y con el Derecho y, sin embargo, se retira de la circulación por una decisión gubernativa en base al principio de precaución, porque en el “otro sistema”, en el de la ciencia, ciertas investigaciones y nuevos conocimientos arrojan serias dudas e incógnitas sobre su inocuidad advirtiendo riesgos, en definitiva.

Por lo expresado, en nuestra opinión, parámetros tales como, “cautela”, “conocimiento del hombre medio” o la más clásica formulación que nos ofrece nuestro Código civil de “diligencia de un buen padre de familia” quedan necesariamente extramuros de esta versión sustantivada del principio de precaución.

2.2. Su fuerza vinculante como principio general del Derecho comunitario

Pese a la existencia de ciertos debates doctrinales en torno al lugar y momento del surgimiento de esa cautela sustantivada que denominamos principio de precaución, la doctrina mayoritaria se muestra unánime en proclamar que el primer texto que se refería expresamente como tal, al principio de precaución, fue la Declaración de Río de Janeiro de 13 de junio de 1992 sobre medio ambiente y desarrollo, cuyo principio 15 aludía al mismo de la siguiente manera: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”

Constatamos, pues, el doble origen internacional y convencional del principio de precaución en su sentido primigenio de instrumento tuitivo del medio ambiente, al tiempo que pese a ese reconocimiento explícito, la proyección de su eficacia se presentaba tímidamente al incorporarse en documentos o instrumentos jurídicos no vinculantes (*soft-law*), circunstancia ésta que llevó a considerar que el mismo revestía un valor meramente programático o hermenéutico, e incluso una notable incertidumbre acerca de su estatuto jurídico y verdadero alcance normativo (Nicolás de Sadeleer, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en *Revista de Derecho Ambiental*, número 25, 2000). Sin embargo, la reforma de los tratados constitutivos de las

comunidades europeas, a través del Tratado de Maastricht de 1992, supuso la consagración del principio de precaución en el ámbito del Derecho originario comunitario, al incorporarse el mismo explícitamente en el artículo 174.2) del TCE, en el cual se reconoce que “la política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente se basará en los principios de precaución y de acción preventiva”.

A partir de este momento, y más específicamente tras una comunicación de la Comisión de 2 de febrero del año 2000 relativa al principio de precaución, se suceden los instrumentos jurídicos de Derecho derivado que incorporan explícitamente dicho principio, como la Directiva (2001/18/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, la Directiva (2001/95/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos, el Reglamento 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria o, finalmente, el Reglamento 1946/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2003, relativo al movimiento transfronterizo de organismos modificados genéticamente.

A diferencia de lo que ocurría en el ámbito internacional –*supra* europeo–, la recepción comunitaria del principio de precaución supone un cambio cualitativo en cuanto a la vinculatoriedad, eficacia y, en definitiva, proyección jurídica del mismo, a la vista de los principios de aplicabilidad inmediata del Derecho comunitario, en cuya virtud la norma comunitaria adquiere automáticamente por sí estatuto de Derecho positivo en el ordenamiento interno de los estados miembros, desde el momento de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* integrándose así y de pleno derecho en el ordenamiento interno sin necesidad de ninguna fórmula especial de recepción (a excepción de la particularidad de las directivas), del efecto directo que consagra la capacidad de la norma comunitaria para originar derechos y obligaciones tanto para los estados miembros como para los particulares, aglutinados y protegidos éstos por un no ya tan incipiente estatuto de la ciudadanía europea, y finalmente a través del principio de primacía del Derecho comunitario que proporciona soluciones a los eventuales conflictos normativos entre Derecho comunitario y el Derecho nacional.

Aun haciendo abstracción de los principios que operan como puntales en el ámbito del Derecho comunitario, y a los cuales se acaba de hacer referencia, en el ámbito interno, como tendremos ocasión de comprobar, los tribunales no han dudado en otorgar valor jurídico al principio de precaución, tal y como aconteció en el conocido *Arrêt Rossi* de 4 de enero de 1995, donde el

Consejo de Estado francés manifestó su interés por la noción de precaución, consagrando dicho principio en el ámbito de la jurisprudencia administrativa francesa, al que siguió el Arrêt Greenpeace-Francia de 25 de septiembre de 1998, cuyos argumentos destilan y evidencian la presencia del principio de precaución como un activo principio jurídico cuyo valor normativo queda fuera de toda duda.

Sin embargo, la consideración jurídica que hoy por hoy se tiene del principio se debe en gran medida a la extraordinaria labor hermenéutica y expansiva acometida en los últimos años por el Tribunal de Luxemburgo, y seguida por el órgano judicial comunitario de primera instancia (TPI), que se refleja en la circunstancia de que dicho principio, constreñido *ab initio* y normativamente al ámbito de protección medioambiental, se esgrime y utiliza en sectores distintos como por ejemplo el relativo a la protección de la salud humana.

En este sentido, constituye un auténtico punto de inflexión en la valoración normativa del principio, la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal de Justicia Reino Unido/Comisión y National Farmers' Union I de 5 de mayo de 1998, en las que, a propósito de la denominada crisis de las vacas locas, se declaró que a tenor del artículo 174 del TCE "debe permitirse que cuando subsistan dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos".

Volviendo a la inicial reflexión sobre el origen del principio de precaución, como pone de manifiesto la doctrina (César Cierco Seira, "El principio de precaución: Reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español", en *Revista de Administración Pública*, 163/2004) la consolidación del principio de precaución con la morfología que actualmente presenta se ha gestado en el seno del Derecho ambiental internacional, penetrando desde este campo en los ordenamientos internos tanto por vía jurisprudencial, que proclama su carácter de principio general del Derecho, como a través de la plasación positiva de dicho principio.

Superadas, pues, las iniciales reticencias en torno a su proyección jurídica vinculante, en la actualidad podemos referirnos sin ambages al carácter y naturaleza del principio de precaución, primero, como principio general del Derecho al que en ocasiones, tal como nos demuestran ciertos ámbitos sectoriales, debe adicionársele el epíteto de positivizado, presentándose ya en este segundo nivel de reconocimiento como norma jurídica escrita (incluso en ocasiones de rango legal, como acontece con las leyes 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, y 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria).

En definitiva, asistimos en la actualidad al reforzamiento jurídico de la vinculatoriedad del principio de precaución a través de tres vías, que operan en forma simultánea y no excluyente las unas de las otras, y que se materializan, la primera, en su carácter de norma jurídica, en la medida de estar incorporado a textos de Derecho positivo; la segunda, a través de su triple función directiva, interpretativa, e integradora de lagunas, que como principio general del Derecho deben reconocérsele, y la tercera, por la consideración que sobre el mismo destila la jurisprudencia que analiza su aplicación.

2.3. La incertidumbre científica y el riesgo tecnológico no aceptable, como presupuestos de su aplicación, ubican al principio de precaución en el ámbito de la gestión de riesgos

Un buen punto de partida para el desarrollo de esta tercera idea fuerza es la reflexión de Luis González Vaqué ("La aplicación del principio de precaución en la legislación alimentaria: Una nueva frontera de la protección del consumidor", en *Estudios sobre consumo*, número 50, 1999), relativa a que el Derecho se basa en la causalidad y en la certeza, resultando ciertamente compleja la integración de medidas jurídicas específicas basadas en el principio de precaución, que se aplican cuando no puede establecerse la relación de causalidad entre un daño o perjuicio y su origen, y sólo existe una presunción generalmente basada sobre conceptos estadísticos y probabilidades.

Podemos afirmar que el ser humano, frente a una posible situación de peligro o de riesgo, en una legítima reacción de autoprotección, siempre se ha visto motivado o predispuesto a tomar medidas, a pasar a la acción, incluso en un contexto de ignorancia sobre las eventuales consecuencias que pudiesen derivarse de ello, y sin esperar a la obtención de una evidencia científica sobre los riesgos que pretende conjurar con su actuación, en la medida que el mero retraso, o la inacción, pueden en definitiva convertirse en algo más grave y oneroso para él.

Resulta evidente que unos riesgos, por muy graves y perjudiciales que puedan resultar para la población en general, si son conocidos con carácter previo a la puesta en marcha del producto o acción que los determina, ningún problema deberían plantear, contando con una administración responsable e informada: a través de los mecanismos preventivos oportunos se intentará evitar o disminuir los mismos en la medida de lo posible.

En cambio, no podemos obtener tan inmediata conclusión en los supuestos en los que nos movamos en el ámbito de la incertidumbre científica, pues aquí las posibilidades de equivocarnos se multiplican. Valga como oportuna y actual la reflexión de uno de los mayores genios de nuestra literatura, Miguel de Cervantes, que con su fresca y extraordinaria visión de la vida, en

palabras de uno de sus personajes más entrañables, ya expresaba que “ninguna ciencia, en cuanto ciencia, engaña, toda vez que el engaño está en quien no sabe”.

A la vista de lo expresado, desde una perspectiva menos literaria y a la par más jurídica, importa, pues, destacar el contexto en el que operaría el principio de precaución, a los efectos de poder desentrañar su auténtico potencial, garantizando al tiempo una comprensión adecuada en torno al mismo.

A estos efectos, destacaremos como presupuestos básicos para su aplicación la incertidumbre científica (existente tras una previa evaluación lo más completa posible de los riesgos) y lo que denominaremos *riesgo grave inaceptable*, y por ende no permitido, ingredientes éstos que han provocado un auténtico cambio de actitud en el ámbito de políticas, con una proyección clara en el ámbito de la salud y medio ambiente.

En efecto, como denuncia César Cierco Seira (“El principio de precaución: Reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español”, en *Revista de Administración Pública*, 163/2004), algunos estados demoraban de manera reiterada la puesta en práctica de medidas de protección ambiental amparados en la falta de certeza científica sobre las concretas causas generadoras de los riesgos ambientales, o, en otras palabras, algunas administraciones se resistían a introducir limitaciones en su actividad productiva so pretexto de la incertidumbre científica que existía, en lo que respecta a la explicación de cuál es el origen concreto de determinado riesgos.

Como expresa este autor, para superar esta situación resultaba necesario imponer a los estados una conducta ambiental resuelta, aun en ausencia de una plena certidumbre científica, desplegándose aquí la verdadera vocación del principio de precaución.

Ahora bien, esa incertidumbre científica podrá ser conceptualizada como tal cuando un estudio previo o, mejor dicho, una evaluación científica del riesgo no permita conocer con claridad cuáles pueden ser las últimas consecuencias del consumo de un producto, o de la realización de una concreta actividad.

En consecuencia, patrocinamos, pues, que no cabe hablar de incertidumbre científica –al menos como presupuesto de aplicación del principio que nos atañe– si no se ha realizado, si no se ha dispuesto de una evaluación previa y científica de los riesgos, lo más completa posible, concepto jurídico indeterminado este último, respecto del que la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 9 de septiembre de 2003 ofrece ciertos criterios para su integración, en la medida que la evaluación científica será “lo más completa posible”, dependiendo de las circunstancias concretas del caso de que se trate, si bien atendiendo a la insuficiencia de los datos científicos disponibles, evaluación que por lo demás, según la propia sentencia, se erige en requisito

de aplicación de la medida de que se trate fundamentada en el principio de precaución al expresar que «sólo pueden adoptarse estas medidas si el Estado miembro ha efectuado previamente una evaluación de los riesgos lo más completa posible, dadas las circunstancias concretas del caso de que se trate».

Es decir, no cabe ampararse en motivaciones de carácter económico o mercantilista para eludir una previa evaluación de los riesgos, en la medida que la posibilidad de verificar o no dicha evaluación, “lo más completa posible”, y de consagrar así el concepto de incertidumbre científica, dependerá exclusivamente de la insuficiencia o número de los datos de los que en cada caso y momento se dispongan, debiéndose reparar por último que el interés general que como vector omnipresente debe animar toda actuación administrativa a tenor del artículo 103.1 de nuestra Constitución, es el mismo en cuyo beneficio el artículo 44.2 se impone a los poderes públicos la promoción de la ciencia y de la investigación científica y técnica.

En conclusión, concebido el principio de precaución como un instrumento de gestión del riesgo que permite la adopción de medidas específicas en un contexto de incertidumbre científica, debe rechazarse que el mismo pueda servir de excusa para eludir una profundización exhaustiva en el ámbito de la propia investigación, en el ámbito de los estudios que exigen ese interés general del que anteriormente nos hemos hecho eco, pudiendo proclamar, por el contrario, que el efecto reflejo que puede y debe procurar la aplicación del principio es constatar la existencia de dudas cuya repercusión en el ámbito de la salud humana y medioambiental quedan fuera de toda duda, con la consiguiente concienciación de que lo que se impone en realidad es reducir en la medida de lo posible dicha situación de incertidumbre potencialmente peligrosa para el hombre: en otras palabras, el principio de precaución operaría como una llamada de atención ante la ausencia de datos concluyentes y absolutos en torno a los supuestos de riesgo, y como un acicate último a la investigación.

Y es precisamente esta idea la que proporciona el contexto idóneo para que podamos patrocinar el carácter transitorio de las medidas adoptadas en virtud del principio de precaución, pues como pone de manifiesto González Vaqué (“La aplicación del principio de precaución en la legislación alimentaria: Una nueva frontera de la protección del consumidor”, en *Estudios sobre consumo*, número 50, 1999), la provisionalidad de las medidas adoptadas en virtud del principio de precaución constituye una característica consustancial al mismo, siendo evidente que cuando se disipen las dudas en cuestión deberán modificarse o confirmarse las adoptadas, haciendo alusión –conectando así con lo apuntado *ut supra*– a que incluso algunos autores (Romero Melchor, *The precautionary principle and food*,

Santa Cruz de Tenerife, 1998) aprecian una perentoria obligación del legislador de interesarse por la eliminación de la incertidumbre científica de la que se trate.

Postula González Vaqué, en su trabajo citado, la posibilidad de invitar a los estados miembros a que introduzcan en toda normativa preventiva adoptada en virtud del principio de precaución una cláusula de revisión que imponga la verificación de los conocimientos científicos disponibles en un plazo predeterminado.

Sobre el tratamiento del riesgo como factor de ordenación urbanística, puede acudirse a la regulación urbanística de Cataluña (Ley 2/2002 y Ley 10/2004).

Sin embargo, ¿qué tipo de riesgo justificaría recurrir al principio de precaución?

En nuestra opinión, el riesgo que fundamentaría una medida basada en el principio de precaución, deberá ser grave, no permitido o no aceptable y con una etiología antrópica (generado por la propia actividad humana), aunque contestar así este planteamiento, exige sin duda una prospección sobre la evolución de la concepción del riesgo en la sociedad moderna.

Habida cuenta de la circunstancia de que el principio de precaución opera como mecanismo de salvaguarda del interés general concretado específicamente en el ámbito de la salud humana y del medio ambiente, no presenta grandes dificultades la consideración relativa a que el riesgo que pueda activar la correspondiente medida fundamentada en dicho principio debe ser un riesgo grave, no solamente por la excepcionalidad que dicho principio puede entrañar, a la vista de lo ya expresado en la primera de las ideas fuerza, sino por la circunstancia de que el riesgo que eventualmente pueda inferirse respecto de cualquier elemento, agente, producto o actividad, potencialmente nociva para la salud humana, ante la ausencia de conocimiento profundo sobre sus últimas consecuencias, se presenta de forma consustancial como grave.

Por este motivo, no interesa tanto destacar el carácter grave del riesgo, sino su tolerancia, aceptabilidad o en definitiva permisibilidad por la sociedad en su conjunto.

Esteve Pardo, en su trabajo "De la policía administrativa a la gestión de riesgo" (REDA, número 119, julio-septiembre de 2003) describe un panorama inicial en el que el mantenimiento del tradicional concepto de orden público al que servía toda la actividad de policía administrativa aspiraba a la eliminación absoluta del peligro: en definitiva, la referencia finalista del mantenimiento o restablecimiento del orden público exigía lograr el peligro cero.

Sin embargo, el autor apunta, la existencia de una mutación conceptual que nos lleva de la categoría del peligro, al concepto del riesgo, considerando que el peligro tiene siempre un origen natural o primario con una etiología exclusivamente basada en causas naturales, tales como plagas, inundaciones o epidemias, sin perjui-

cio de englobar dentro del concepto de peligro ciertas acciones humanas muy directas o primarias, sin medios instrumentales sofisticados, entre las que el autor considera agresiones a personas bienes.

Frente a ello, el riesgo deriva de una actividad humana basada en el denominado proceso tecnológico, resultando aquí ciertamente inalcanzable el denominado "riesgo cero", surgiendo entonces otra opción finalista: la de su reducción, que no la de su completa eliminación, pues, entre otras razones, eliminar la tecnología que genera el riesgo supondría retornar al estado primitivo enfrentándonos de nuevo a los acuciantes peligros naturales, superados precisamente por el uso de una tecnología generadora a su vez de un riesgo: en definitiva –concluye–, el riesgo cero sólo se construiría con la total desviación tecnológica y el retorno a los peligros naturales.

En este contexto, entiende que la noción de incertidumbre en cierto modo es consustancial al riesgo, en cuanto que éste significa la mera probabilidad de la producción de un daño, de forma tal que cuando la incertidumbre se supera, es decir, cuando se impone la certeza, el riesgo pierde su protagonismo.

Por ello, el autor llama la atención sobre aquellos supuestos en los que la existencia de un riesgo es incierta y controvertida en el plano científico, tornándose la actuación de la Administración en insegura, desde el momento que una intervención suya, podrían plantear responsabilidades, por ejemplo tanto por productores como por consumidores, o incluso ya por las víctimas, siendo aquí precisamente el marco característico en el cual está llamado a operar el principio de precaución, en esa línea de contacto entre ciencia y Derecho regulando el alcance de las medidas jurídicas que pueden adoptarse en situaciones de incertidumbre o desconocimiento científico.

A partir de todo lo expuesto, cabe extraer la conclusión de que el principio de precaución se ubica en el ámbito de la gestión de los riesgos, a los que se acaba de hacer referencia, debiéndose por ende distinguir este ámbito de otros diferentes que operan con carácter previo a la gestión del riesgo, como es el de la evaluación del riesgo, en la que podríamos ubicar otras técnicas o mecanismos más cercanos a la prevención propiamente dicha, que al principio de precaución que constituye el objeto de nuestra investigación, tal como acontecería por ejemplo con la denominada evaluación de impacto ambiental, mediante la que *ex ante* se intenta demostrar la proyección de los efectos de ciertas obras o actividades que se pretenden autorizar.

González Vaqué, en el artículo citado, ya previene sobre la necesidad de evitar el confusionismo en la materia, en la medida que la incertidumbre científica no debe identificarse con la voluntad política de asegurar un nivel de protección elevado cuando, a pesar de dis-

poner de evidencia científica suficiente sobre la inocuidad de un producto o de un determinado nivel de residuos o contenido de una sustancia, se decide incluir en la correspondiente legislación la prohibición de la comercialización del producto en cuestión, o la imposición de niveles o límites de tolerancia superiores (normas adicionales de protección en materia medioambiental de posible adopción por las comunidades autónomas, dada la habilitación del artículo 149.1.23 de la Constitución).

2.4. La plenitud jurídica de su virtualidad exige compatibilizar su fuerza expansiva con su aplicación restrictiva

Con una lectura rápida y superficial de la anterior premisa, que sirve para enunciar la cuarta de las ideas fuerza que se propone, se corre el riesgo de apreciar la existencia de una antinomia, al pensar que fuerza expansiva del principio, con aplicación restrictiva del mismo son necesariamente incompatibles.

Nada más lejos de la realidad, si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones.

Por un lado, difícilmente podrá negarse la rigurosa actualidad en nuestra sociedad de situaciones caracterizadas por una considerable incertidumbre científica, frente a las que la Administración ha tenido que actuar adoptando una serie de medidas concretas, tal como en su día ocurrió con relación a las enfermedades del SIDA o del SARS, o, sin ir más lejos, con la llamada “crisis de las vacas locas”.

Resulta asimismo lícito preguntarse si el principio de precaución no opera ya, ante el desconocimiento de ciertos riesgos que pudiesen generar las llamadas últimas tecnologías, en ámbitos tales como la biotecnología la genética o las telecomunicaciones.

Constatamos, pues, que la potencialidad del principio de precaución discurre en una línea claramente expansiva en cuanto a los ámbitos susceptibles de ser aplicado el mismo, máxime si se tiene en consideración que, inicialmente previsto como un elemento o criterio de política medioambiental, tras la correspondiente interpretación hermenéutica jurisprudencial, el principio recibe una consolidación como principio general del Derecho comunitario, pudiendo recurrirse al mismo con relación a la protección de otros bienes jurídicos distintos al del medio ambiente, pero vertebrados por la idea de protección de la salud humana, lo que evidencia su aplicabilidad en múltiples sectores, tales como los de la alimentación, sustancias químicas, enfermedades contagiosas, biotecnología, y un largo etcétera.

Sin embargo, y sin ánimo de apelar a un simple o gratuito juego de palabras, la cautela debe regir la aplicación del principio de precaución, resultando por ello conveniente alejarnos de posiciones que pretendan la quimera de obtener el llamado riesgo cero, que impli-

carían *de facto* un anquilosamiento de la actividad económica, así como de otras que, en sentido contrario, patrocinasen la aplicación del principio de precaución únicamente ante riesgos muy probables que pudiesen generar daños graves e irreversibles, en cuyo seno el juego del balance coste-beneficio podría reducir nuestro principio a la mínima expresión.

Es ahora cuando cobra pleno sentido la afirmación que encabeza esta idea fuerza, en la medida que un principio de precaución en continua expansión en lo que respecta a su potencial aplicación en distintos ámbitos o sectores que puedan tener una incidencia directa en el medio ambiente, en la salud humana —e incluso animal o vegetal, como pone de manifiesto la Comunicación de la Comisión sobre el principio de precaución—, no puede justificar la consagración de situaciones, social y jurídicamente rechazables, como el establecimiento de un “*probatio diabólica*” (prueba absoluta de la inocuidad de un producto) o el establecimiento de posiciones protectionistas de intereses económicos y comerciales e incluso, y llegando más lejos, injerencias estatales sobre los derechos y libertades de los ciudadanos.

Sin perjuicio de lo que se acaba de exponer, aun pudiendo establecerse una clara diferenciación entre principio de precaución y responsabilidad administrativa, para finalizar el desarrollo de esta idea fuerza, se considera necesario esbozar un último e inquietante planteamiento.

Si en el Derecho español, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, no permite invocar como causa de exoneración de responsabilidad los llamados *riesgos de desarrollo*, en los ámbitos en los que conforme a lo que se ha expresado, el principio de precaución encuentra un campo abonado para su aplicación, como el de los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, ¿cómo cabe justificar que la Administración, que precisamente con base al interés general cuya tutela le incumbe, y que sin duda está llamada a través del principio de precaución a desmontar o disminuir situaciones de riesgo en estos ámbitos, quede exenta de responsabilidad a tenor del artículo 141.1 de la Ley 30/1992 (LRJAP y PAC) por los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos?

De forma más directa, José Esteve Pardo (“La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”, en RAP, número 161, mayo-agosto de 2003) se pregunta: ¿cómo puede plantearse la exigencia de responsabilidad a particulares por riesgos de desarrollo si la Administración queda del todo eximida frente a los mismos?

2.5. Los actos y disposiciones administrativas fundamentadas en el principio de precaución son susceptibles de control jurisdiccional

La justificación de esta última idea fuerza exige una previa reflexión en torno a la delimitación de los posibles destinatarios del principio de precaución.

Concebido el mismo como principio general del Derecho comunitario, serán las distintas instituciones comunitarias y los estados miembros quienes *prima facie* se erijan en destinatarios de la posible aplicación del principio que nos ocupa.

Sin embargo, la recepción paulatina del principio en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos y la irradiación de la eficacia directa que proyecta el Derecho comunitario permiten considerar que los distintos poderes de los propios estados devienen sin duda alguna en tributarios de su observancia.

Ahora bien, por lo que a nosotros atañe, debe compararse la reflexión de que en las sociedades modernas, en las que la presencia de la Administración se hace cada vez más omnicompreensiva, la misma, con el haz de potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico, es, sin duda, una de las instituciones más próximas al ciudadano, y al poseer en definitiva una más ágil capacidad de reacción frente a eventualidades basadas en la idea de riesgo, fácilmente cabe inferir que en el ámbito de su actuación es donde con mayor intensidad podrá observarse, cuanto menos como subyacente –aunque en ocasiones de forma explícita–, la operatividad y existencia del principio de precaución, como base de la propia decisión administrativa.

Acontece, sin embargo, que la Comunicación de la Comisión de 2 de febrero del año 2000 relativa al principio de precaución, que pretende establecer directrices para su aplicación como uno de sus objetivos, apunta que la elección de la respuesta que debe darse en cada situación es una decisión política que dependerá del nivel de riesgo aceptable para la sociedad que debe soportar el riesgo.

Pues bien, a partir de dicha consideración, es lícito plantearse cuál sería el control, por parte de los tribunales, sobre aquellas decisiones verificadas por la Administración, en aplicación del principio de precaución, que tal como podría inferirse de la comunicación citada, se soportan en criterios de carácter político. O, en otras palabras, ¿podría entenderse que la introducción del principio de precaución viene en cierta medida a resucitar el concepto de actos políticos?

Las dudas se suscitan con intensidad, como lo demuestra el expresivo y sugerente título del trabajo de Sebastián Romero Melchor (“Evaluación y gestión de los riesgos en el ámbito de la protección de la salud: ¿De la ciencia a la política?”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, número 218, 2002).

Entendemos que, sin perjuicio de decisiones que trazan las grandes líneas de actuación en los distintos ámbitos sectoriales, y que se plasma en la mayor parte de las ocasiones a través de disposiciones con rango de ley, la fuerza expansiva del Estado de derecho, esgrimible como elemento hermenéutico del propio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, nos lleva a proclamar la imposibilidad de reconocer parcelas de la actividad administrativa, inmunes o exentas al control judicial.

Sentado lo anterior, y expresada la necesidad de un control judicial sobre el principio de precaución, más que como consecuencia, como un *prius* lógico a la excitación del propio control, un cúmulo de cuestiones planean sobre dicha premisa, y que vienen a ahondar en la determinación de la naturaleza de las potestades actuables por la Administración al aplicar el principio de precaución, en la consideración en torno al binomio “obligatoriedad” *versus* “mera facultad” en la aplicación del principio de precaución por parte de la misma, sin olvidar finalmente cuáles serían las consecuencias derivadas de la no aplicación, o de la incorrecta valoración de dicho principio.

Sirva para aderezar la correcta interpretación de los anteriores planteamientos, la siguiente reflexión de César Cierco Seira (“El principio de precaución: Reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español”, en *Revista de Administración Pública*, 163/2004): la alusión al tinte político de la decisión supone reconocer un espacio a la discrecionalidad administrativa, que por grande que quiera interpretarse, siempre quedará sujeta al control judicial, tendente a evitar su deslizamiento hacia la arbitrariedad proscrita en un Estado de derecho (artículo 9.3 de la Constitución).

Como nos recuerda este autor, no cabría hablar de acto político, sino, en rigor, de acto discrecional para referirse a la naturaleza de la decisión de dar entrada o no a medidas precautorias, habiendo fiscalizado, el propio Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia, decisiones adoptadas por las instituciones comunitarias con relación a la procedencia de aplicar medidas de precaución ante una concreta situación de riesgo.

A partir de aquí, se evidencia que el control judicial sobre las decisiones administrativas fundamentadas en el principio de precaución deberá partir de los mecanismos habituales destinados al control de la discrecionalidad, que incidirán en el examen de los hechos determinantes (cuya dificultad emerge como manifiesta, al abocar *de facto* al órgano judicial a verificar un análisis sobre una situación de incertidumbre científica) en la técnica de la desviación de poder, subrayando de esta manera el elemento teleológico del principio que nos ocupa y obviamente en la propia motivación que la Administración imprima en su acto o disposición.

Además del recurso a los principios generales del Derecho, de necesaria consideración serán los principios generales de una buena gestión de los riesgos que aparecen explicitados en la propia comunicación sobre el principio de precaución, y que la misma enuncia mediante la referencia a los principios de proporcionalidad, no-discriminación, coherencia, análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o de la falta de acción, y estudio de la evolución científica.

Avanzando sobre la materia, y siguiendo a Nicolás de Sadeleer ("Reflexiones sobre el Estatuto jurídico del principio de precaución", en *Revista de Derecho Ambiental*, número 25, 2000), desde el punto de vista del control de legalidad interno de las decisiones adoptadas con base al principio de precaución, resulta clara la necesidad de reconocer un amplio margen de maniobra a la Administración, no sólo inherente al ejercicio de potestades de carácter discrecional, sino especialmente útil en supuestos como el que nos ocupa, en el que subyace una hipótesis de incertidumbre científica, esto es desde el momento que las pruebas científicas reunidas por la Administración no confieren una solución clara.

Sentada la anterior premisa, la misma nos conducirá indefectiblemente al núcleo fundamental de la cuestión que se puede plantear con relación al principio de precaución, y que no es otra que la relativa a determinar si el juez contencioso-administrativo puede sustituir, mediante sus propias apreciaciones, la evaluación verificada por las autoridades administrativas, encargadas de las controversias científicas.

A tenor de los dictados de la construcción tradicional de la discrecionalidad técnica no parece que sea posible verificar una sustitución como la arriba planteada, aunque nada impediría, que el control jurisdiccional se limitase a verificar si la apreciación litigiosa descansa sobre una información suficiente y sobre suposiciones no arbitrarias.

3. Relación de sentencias

3.1. Jurisprudencia comunitaria (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia)

12 de marzo de 1987. Ley de la pureza de la cerveza.
 17 de diciembre de 1991, Hercules Chemicals/Comisión.
 5 de noviembre de 1997, Ducros/Comisión.
 30 de abril de 1998, Vlaams Gewest/Comisión.
 5 de mayo de 1998, National Farmers' Union I.
 5 de mayo de 1998, Reino Unido/Comisión.
 16 de julio de 1998, Bergaderm.
 5 de octubre de 1999, Lirussi y Bizzaro.
 21 de marzo de 2000, Greenpeace France.
 22 de junio de 2000, Giancarlo Fornasar y otros.
 11 de septiembre de 2002, Pfizer Animal Health.

11 de septiembre de 2002, Alpharma, Asunto T-70/99, RJTJ p. II-3495.

26 de noviembre de 2002, Artegoda.

28 de enero de 2003, Les Laboratoires Servier.

9 de septiembre de 2003, Monsanto Agricultura Italia SpA y otros.

21 de octubre de 2003, Solvay Pharmaceuticals BV.

5 de febrero de 2004, Comisión/Francia.

5 de febrero de 2004, Greenham y Abel.

3.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

29 de noviembre de 2001, Síndrome Ardistil.

21 de octubre de 2003, Rontealde.

14 de julio de 2004, Alemán y Cía S.A.

18 de diciembre de 2003.

6 de noviembre de 1999 (Sala Segunda).

3.3. Otras resoluciones

STSJ de Cataluña (Sección Segunda) de 17 de febrero de 2003.

STSJ de Cataluña (Sección Tercera) de 11 de diciembre de 2003.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Murcia de 14 de abril de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de febrero de 2001. ■

Dos aspectos del régimen jurídico de las policías locales en España: las funciones y la organización*

Javier Barcelona Llop
*Profesor titular de Derecho Administrativo de la
Universidad de Cantabria*

1. Introducción.
2. Las funciones.
 - 2.1. Las funciones que la ley atribuye a los cuerpos locales de policía son propiamente policiales.
 - 2.2. Pero el legislador estatal los contempla de modo distinto a como contempla a los demás.
 - 2.3. Norma y realidad.
 - 2.4. Alusión particular a la medida en que los cuerpos locales de policía pueden ejercer funciones de policía judicial.
3. La organización.
4. Propuestas.

*Versión escrita de la intervención del autor en las Jornadas sobre Policía Local, Seguridad Pública y Poder Judicial organizadas con motivo del 150 aniversario de la creación del Cuerpo de la Policía Local de la ciudad de Murcia y celebradas allí en noviembre de 2004. Se desarrollan ahora argumentos que

en la exposición oral apenas pudieron esbozarse y se clarifican ciertos puntos de vista que quizá quedaron un poco en el aire en aquella ocasión. La redacción se cierra en los primeros días de marzo de 2005.

1. Introducción

No escasean las opiniones que postulan la conveniencia o necesidad de modificar el marco normativo de las policías locales españolas. En los campos académico, político y profesional pueden encontrarse ejemplos diversos de las mismas, que no parece necesario traer ahora aquí. Particularmente, no tengo ningún reparo en sumarme públicamente al grupo de los descontentos con el tratamiento normativo que las policías locales reciben en la España de comienzos del siglo XXI, pues creo que le pasa lo mismo que a algunas fincas rústicas; esto es, que es manifiestamente mejorable.

Estas páginas reparan en dos aspectos concretos del vigente ordenamiento regulador de las policías locales: sus funciones y su organización; o, mejor dicho, sus funciones y su caracterización legal como cuerpos funcionariales vinculados a la estructura municipal. No son, desde luego, los únicos que podrían comentarse, pero si me refiero a ellos es porque los tengo por muy necesitados de una reforma urgente y en profundidad.

Por lo demás, es notorio que el grado de contribución eficaz de las entidades locales al mantenimiento de la seguridad no se mide sólo por el rasero de las funciones asignadas a los cuerpos que de ellas dependen o por el de su base territorial. Nada hay sencillo en materia de seguridad ciudadana, y menos hoy cuando está en trance de superación, si es que no está superada ya, la perspectiva *únicamente policial* de los problemas del sector, motivo por el cual las decisiones públicas que atañen a la seguridad no versan sólo sobre las funciones y la organización de la policía y ni siquiera sobre la policía misma. Pero aun así, estos aspectos, digamos clásicos o convencionales, siguen conservando su importancia; y puesto que el presente escrito se refiere a los mencionados, compréndase que obedezca a un enfoque tan clásico y convencional como el objeto en el que se detiene.¹

2. Las funciones

2.1. Las funciones que la ley atribuye a los cuerpos locales de policía son propiamente policiales

Cualquier aproximación que se haga a la determinación legal de las funciones de las policías locales exige clarificar previamente cuáles se consideran propias de un cuerpo de policía. Para ello nada mejor que la síntesis que, a partir de la observación y estudio de lo dispuesto en diversos ordenamientos jurídicos homologables, ha hecho el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la Recomendación (2001) 10, de 19 de septiembre de 2001, por la que se aprueba el *Código Europeo de Ética de la Policía*, importante texto que se presenta con la aspiración de orientar las legislaciones, las prácticas y los códigos de comportamiento policial de los estados miembros del Consejo.

Al señalar los principales fines de la policía en una sociedad democrática regida por el principio de preeminencia del Derecho, la recomendación enumera los siguientes: a) asegurar el mantenimiento de la tranquilidad pública, el respeto de la ley y el mantenimiento del orden en la sociedad; b) proteger y respetar las libertades y derechos fundamentales del individuo; c) prevenir, combatir e investigar la criminalidad, y d) prestar asistencia y servicios a la población.

A decir verdad, el Comité de Ministros del Consejo de Europa no se aparta mucho de algunas solventes caracterizaciones doctrinales de las misiones policiales elaboradas también a la vista de la normativa existente en una diversidad de estados.² Al igual que éstas, ofrece una panorámica de las tareas policiales que va más allá de las relacionadas con la criminalidad, las infracciones del ordenamiento jurídico o el orden en las calles y que no jerarquiza entre todas las que tiene por tales.

¿En qué medida las funciones legalmente asignadas a las policías locales españolas responden a esos esquemas? Particularmente, considero que todas ellas lo hacen y que todas ellas son, en consecuencia, funciones de policía en sentido propio. Ya tomemos el artículo 53 de la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad (en adelante, LOFCS), el artículo

1. Una visión integral, aunque sintética, de la problemática de la seguridad ciudadana en el ámbito local puede encontrarse en las resoluciones que sobre la materia fueron adoptadas en la VIII Asamblea General de la Federación Española de Municipios y Provincias, celebrada en Madrid en noviembre de 2003. El texto en www.femp.es, página 171 y siguientes del documento allí disponible.

2. Como la de A. Bossard, autor que, aun reconociendo la variedad de las funciones policiales según los países y los diferentes servicios de policía (habla incluso de la *impresión de encontrarnos ante un verdadero traje de arlequín*), ofrece un elenco de las que pueden considerarse típicas a la vista de la experiencia comparada: la prevención e investigación de los hechos delictivos; el mantenimiento del orden en las calles; acciones puramente

administrativas que van desde la vigilancia y dirección del tráfico al control de la aplicación de leyes y reglamentos de aquel carácter (normas urbanísticas, ambientales, etc.); recogida de información relevante. O la de J. M.^º Rico y L. Salas, quienes tras una larga enumeración de las funciones policiales según las clasificaciones propuestas por los autores, las agrupan en dos grandes bloques: institucionales y de asistencia. En el primero incluyen la prevención y represión del delito y el mantenimiento del orden; en el segundo se alojaría un variopinto conjunto de funciones de carácter educativo, social, de protección y de servicio a la ciudadanía, todas ellas caracterizadas por su desvinculación de las infracciones y del mantenimiento del orden público.

28.3 de la Ley 4/2003, de 7 de abril, de ordenación del sistema de seguridad pública de Cataluña, o el artículo 27 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de policía del País Vasco, la conclusión avanzada parece inequívoca.³ Conclusión que, por lo demás, mantiene el preámbulo de la LOFCS. Leemos allí que “dado que no existe ningún condicionamiento constitucional, se ha procurado dar a las corporaciones locales una participación en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, coherente con el modelo diseñado, presidido por la evitación de duplicidades y concurrencias innecesarias y en función de las características propias de los cuerpos de Policía Local y de la actividad que tradicionalmente vienen realizando”; y también que “sin la distinción formal, que aquí no tiene sentido, entre competencias exclusivas y concurrentes, se atribuyen a las policías locales las funciones naturales y constitutivas de toda policía”.

Y ello es así incluso en relación con las funciones de señalización, ordenación y dirección del tráfico, que si individualizo ahora es porque el artículo 53.3 de la LOFCS permite que en los *municipios de gran población* las asuman cuerpos de funcionarios creados *ad hoc*, no integrados en las fuerzas de Policía Local, regidos por las normas comunes de la función pública y cuyos miembros tienen la consideración de agentes de la autoridad.⁴ Que la ley facilite que en los municipios de gran población dichas tareas no sean ejercidas por policías locales no dice nada en contra de su condición

de verdaderamente policiales. Es probable que el artículo 53.3 de la LOFCS pretenda descargar a las policías locales que existen en tales municipios del cometido que se comenta con el objetivo de permitir que se apliquen a otros, pero es muy dudoso que obedezca a una concepción teórica de las funciones policiales que excluya de las mismas las relacionadas con el tráfico.

Y, en todo caso, es una golondrina que no hace verano pues la orientación general del ordenamiento jurídico es otra. Piénsese, sin ir más lejos, en que en los municipios que no se acojan a la posibilidad abierta por el artículo 53.3 de la LOFCS, en todos los que no pueden hacerlo y en todos los tramos interurbanos la ordenación, señalización y dirección del tráfico corresponde a los cuerpos de policía;⁵ o, por qué no recordarlo, en que entre las razones aducidas en su día para justificar la transferencia a Cataluña de las competencias ejecutivas en materia de tráfico interurbano figuraba la de contar la comunidad autónoma con un cuerpo de policía propio.⁶

2.2. Pero el legislador estatal los contempla de modo distinto a como contempla a los demás

De lo comentado hasta ahora se infiere que las normas atribuyen a las policías locales un elenco de funciones de naturaleza eminentemente policial, sin excepción. Sin embargo, el legislador estatal ha introducido una descolante precisión que no debe caer en saco roto. Es

3. Además de la LOFCS, es oportuna la referencia a esas dos importantes leyes autonómicas pues confirman la orientación básica de la primera. Hubiera querido completar la cita con el Decreto foral legislativo 213/2002, de 14 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley foral de cuerpos de policía de Navarra, pero no especifica las funciones de las policías locales.

4. El apartado 3 del artículo 53 de la LOFCS ha sido creado por la disposición adicional decimoquinta de la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial. Dice exactamente lo que sigue:

“En los municipios de gran población podrán crearse, por el Pleno de la corporación, cuerpos de funcionarios para el ejercicio exclusivo de las funciones previstas en el párrafo b) del apartado 1 [esto es, ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación]. Dichos funcionarios no se integrarán en las fuerzas y cuerpos de seguridad, y en el ejercicio de esas funciones tendrán la consideración de agentes de la autoridad, subordinados a los miembros de los respectivos cuerpos de policía local.

“Los funcionarios integrantes de los cuerpos referidos en el párrafo anterior se regirán por las normas contenidas en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, y las demás normas que se dicten en desarrollo y aplicación de la misma.”

5. El artículo 53.3 de la LOFCS se refiere sólo a los *municipios de gran población*, concepto aplicable, y no siempre automáticamente, a los municipios que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en el artículo 121 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, añadido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. Un cálculo aproximado permite establecer que, apurando al máximo las posibilidades legalmente previstas, unos ochenta municipios podrían ser considerados como de *gran población*, mientras que existen cuerpos de policía local en unos 1.800. Suponiendo que en todos los primeros se hiciera efectivo el mecanismo previsto en el artículo 53.3 de la LOFCS, ¿cómo razonar que en ellos la ejecución de la normativa sobre tráfico

y circulación no es una función policial y en los demás sí? ¿Y cómo dar cuenta de que en ellos esa función no es de policía mientras que lo es en los tramos interurbanos al cuidado de la Guardia Civil, la Ertzaintza, los Mossos d'Esquadra y la Policía Foral de Navarra?

6. En efecto, la Comunidad Autónoma de Cataluña fue beneficiaria en 1997 de dicha transferencia al socaire de que el cometido está estrechamente vinculado a la seguridad ciudadana, la protección de las personas y a la existencia de un cuerpo policial autonómico. Dice así la Exposición de motivos de la Ley orgánica 6/1997, de 15 de diciembre, que materializa la operación:

“La susceptibilidad de la transferencia de las facultades de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico se explica con facilidad en el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En efecto, en la organización administrativa estatal la ordenación del tráfico y la protección del orden público y de la seguridad ciudadana han estado tradicionalmente reunidas en el mismo departamento ministerial y encomendadas a las fuerzas y cuerpos de seguridad.

“Pues bien, hay que recordar, en este sentido, que el propio artículo 13 del Estatuto autoriza a la Generalidad de Cataluña a crear una policía autónoma, a la que corresponden, entre otras funciones, la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público.

“En desarrollo de dicha previsión estatutaria, y en el marco de la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, el Parlamento de Cataluña creó y reguló la Policía de la Generalidad - Mossos d'Esquadra.

“De lo expuesto se deduce que la Comunidad Autónoma de Cataluña cuenta, por atribución estatutaria, con una competencia en materia de seguridad ciudadana, que la tradición administrativa vincula a la de tráfico, y dispone además de una policía autonómica que constituye la infraestructura indispensable para el ejercicio de las funciones de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico y circulación de vehículos que son el objeto de la presente ley orgánica de transferencia.”

verdad que no desmiente el aserto principal (todas las funciones de las policías locales son funciones de policía en sentido propio), pero matiza de forma significativa las conclusiones que del mismo parece que deben extraerse.

Dicha precisión se aloja en el artículo 52.2 de la LOFCS, que transcribo:

“Por lo que respecta al ejercicio de los derechos sindicales [de los funcionarios de policía local] y en atención a la especificidad de las funciones de dichos cuerpos, les será de aplicación la ley que se dicte en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional segunda, apartado 2, de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical.”

El precepto remite el régimen de ejercicio de los derechos sindicales de los policías locales a una ley que cuando la LOFCS se aprueba aún no existía, pero que estaba prevista en la Ley orgánica de libertad sindical de 1985 como la reguladora de los órganos de representación de los funcionarios de las administraciones públicas, que había de dictarse en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 103.3 de la Constitución.

Esta remisión normativa es de gran alcance. Supone que en un aspecto tan destacado del régimen estatutario de los funcionarios de policía local como es el ejercicio de los derechos sindicales, el legislador de la policía de seguridad renuncia a hacer uso efectivo de la habilitación que le confiere el artículo 104.2 de la Constitución (“una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las fuerzas y cuerpos de seguridad”) y prefiere que sea aplicable una ley llamada a desarrollar un precepto constitucional, el artículo 103.3, que tiene puesto el punto de mira en los funcionarios *de régimen común o general*.

Dicha ley resultó ser poco más de un año después la 9/1987, de 12 de junio, que parte de la aplicación de la legislación general de libertad sindical a los funcionarios incluidos dentro de su ámbito regulador. Por lo tanto, los funcionarios concernidos por la Ley 9/1987 ejercen sus derechos sindicales conforme a la Ley orgánica de libertad sindical; entre ellos los policías locales que en este punto han sido equiparados a los funcio-

rios civiles de régimen común. Y es así aunque pertenezcan a institutos armados de carácter civil, aunque el artículo 28.1 de la Constitución, combinado con el 104.2, permita que el legislador orgánico introduzca especialidades en el régimen de sus derechos sindicales y aunque el mismo legislador haya introducido las especialidades que ha tenido por conveniente en relación con el régimen de los mismos derechos de otros funcionarios de policía que también pertenecen a institutos armados de carácter civil.

En pura teoría, lo que se comenta podría explicarse con un argumento tan incontestable en abstracto como el siguiente: en el ámbito de la función pública, las singularidades estatutarias se explican en la naturaleza de las tareas a desempeñar, no son gratuitas ni fruto del mero voluntarismo legislativo, sino que obedecen a un criterio conceptual de orden superior cual es el de su necesidad para asegurar el correcto y mejor desempeño de la función. Podría y puede explicarse, pues el propio legislador se ha acogido a dicho criterio al precisar que su decisión en orden al régimen de los derechos sindicales de los policías locales se explica en la *especificidad de las funciones* de éstos. Negro sobre blanco: las funciones de la policía local no aconsejan introducir modulaciones en el régimen de los derechos sindicales de sus miembros; consecuentemente, no son de la misma entidad que las de los demás cuerpos de policía en relación con cuyos funcionarios el legislador sí ha estimado conveniente contemplar determinadas peculiaridades.⁷

Llegados hasta aquí, la pregunta fluye suavemente: ¿dónde estriba esa especificidad funcional que el legislador da por hecha y de la que extrae una consecuencia tan digna de mención como la señalada?

La respuesta está en el propio artículo 53.1 de la LOFCS, que si asigna a las policías locales un conjunto de funciones que son sin duda alguna de policía, confiere el protagonismo a otros cuerpos en relación con el desempeño de algunas que no son precisamente poco significativas.⁸ Basta leer la norma para comprobar que exige que la instrucción de atestados por accidentes y las diligencias de prevención y las actuaciones tenden-

7. Recordemos que la Exposición de motivos de la LOFCS dice a propósito del Cuerpo Nacional de Policía que “en el aspecto estatutario, se consagra la naturaleza civil del nuevo cuerpo, si bien, dadas las especiales características que inciden en la función policial y la repercusión que sobre los derechos y libertades tienen sus actuaciones, se establecen determinadas peculiaridades, en materia de asociación sindical [...]. En cuanto al derecho de sindicación, se reconoce plenamente su ejercicio, si bien se introducen determinadas limitaciones [...] que se justifican en el carácter de instituto armado que la ley atribuye al cuerpo”. Esta justificación es deficiente, pues también las policías locales son institutos armados y, sin embargo, el tema de los derechos sindicales de sus miembros se regula de otra manera, como estamos viendo; y se regula así por razones de orden funcional, no de otra clase.

Por otra parte, no desconozco que hay cuerpos civiles de policía cuyos miembros disfrutan de un régimen de derechos sindicales muy próximo al de

los funcionarios civiles no policiales y, desde luego, diferente al previsto en la LOFCS para los integrantes del Cuerpo Nacional de Policía. Es el caso, destacadamente, de la Policía Vasca según lo dispuesto en su ley reguladora, ya citada. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, tal circunstancia suscita ciertas dudas de constitucionalidad cuyo pormenor omito ahora por no ser necesario a los efectos del presente trabajo, aunque ya lo he detallado por escrito con anterioridad en otro lugar.

8. Lo mismo en los concordantes autonómicos. El artículo 27 de la Ley de policía del País Vasco es muy parecido al artículo 53.1 de la ley estatal. En el fondo, también lo es el artículo 27 de la Ley de ordenación del sistema de seguridad pública de Cataluña aunque parece tender a conferir a las policías locales un protagonismo ligeramente superior en ciertos cometidos. En todo caso, tal circunstancia, que ahora no se puede analizar con detalle, no modifica la idea general.

tes a la evitación de la comisión de hechos delictivos *deben ser comunicadas a las fuerzas competentes*, que dichas diligencias y actuaciones se realicen *dentro del marco de colaboración establecido en las juntas de seguridad* y que la *colaboración* de las policías locales en la protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en las grandes concentraciones humanas procede *si son requeridas* para tal menester por las autoridades estatales o autonómicas.⁹ A ello debe añadirse que sus cometidos en materia policía judicial se contemplan a título de mera *colaboración*.

Es en esas importantes precisiones que el legislador, y no el intérprete, introduce en la determinación de algunas tareas policiales prototípicas donde han de localizarse las razones que mueven a aquél a afirmar que la *especificidad de las funciones de la policía local* no aconseja pronunciamiento alguno acerca del régimen de los derechos sindicales de sus miembros; y son esas precisiones las que ponen de manifiesto el sentido de la opción que la ley estatal ha tomado: implican el realce de otros cuerpos sobre los de policía local en el ejercicio de las funciones referidas. Esto no significa que los locales no sean verdaderos cuerpos de policía, pero sí que el ejercicio de algunas funciones típicas de policía no les corresponde en plenitud o autónomamente; lo confiesa el preámbulo de la LOFCS, aunque la cursiva es mía: a las policías locales se atribuyen “las funciones naturales y constitutivas de toda policía”, pero tienen “funciones de *colaboración* con las fuerzas y cuerpos de seguridad en materia de policía judicial y de seguridad ciudadana”. Funciones de *colaboración*, no de otra clase. Ahí están las palabras de la ley para quien quiera leerlas y entenderlas.

2.3. Norma y realidad

Hasta aquí el diseño legal. Diseño que no siempre es respetado pues hay cuerpos locales de policía que desempeñan ordinariamente cometidos que exceden de los previstos en la norma. Destaco que hablo del ejercicio habitual de funciones policiales más allá de lo dispuesto en la ley, no de intervenciones más o menos ocasionales y amparadas en la obligación legal que sujeta a todo policía de intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se halle o no de servicio en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana (artículo 5.4 de la LOFCS); hablo, en suma, del divorcio consumado entre el diseño legal de las funciones de las policías locales y lo que determinados cuerpos de policía local hacen a diario.

Y no afirmo lo anterior sólo por lo que conozco, sino también por lo que conocen y dicen personas más autorizadas que yo. La constatación del fenómeno aparece en el documento que plasma el resultado de los trabajos de la subcomisión creada en el seno de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados con el encargo de elaborar un informe que sirviera de base para el establecimiento de un nuevo modelo policial. Dicho informe ha sido publicado en el BOCG, serie D, núm. 526, de 29 de diciembre de 1999, en cuya página 27 se lee lo que sigue:

“Es obvio que en los últimos años se ha producido un incremento notable de los cometidos que algunas corporaciones locales han ejercitado en el campo de la seguridad, yendo incluso más allá de las atribuciones que hoy por hoy les están normativamente conferidas. La diversidad de cuerpos de policía local existentes en España, la variedad del medio sobre el que actúan y las diferentes demandas ciudadanas que éste genera así como el grado distinto de formación y número de integrantes de estos cuerpos aconsejan seguir estudiando en el futuro la dimensión que el estamento municipal ha de representar en el conjunto del sistema público de seguridad, teniendo en cuenta que es aquí donde los principios de pluralidad y de asimetría resultan más evidentes de modo que no cabrá propiciar propuestas generalizadoras. El Ministerio del Interior, las comunidades autónomas y los ayuntamientos debieran abordar un análisis tripartito que sustancie también un acuerdo político en esta materia y que ponga fin a las simples prácticas de hecho.”

Esas palabras no requieren ningún esfuerzo interpretativo. Son claras y responden a un hecho que puede constatar cualquiera que se aproxime a lo que algunas policías locales son en realidad. Hasta la prensa se ha hecho eco del tema y lo ha divulgado.¹⁰

Las razones del fenómeno son diversas y no se puede generalizar. El mundo de las policías locales españolas es muy heterogéneo, pues en él habitan unos 1.800 cuerpos de dimensiones, medios y formación muy dispares. Los hay compuestos por un número muy reducido de funcionarios (dos, tres, cuatro, uno incluso) y otros que cuentan con centenares y hasta miles de ellos. Entre un extremo y el otro las variedades son todas las imaginables. El problema no es el número, sino lo que representa, básicamente en el plano de los medios disponibles y en el de las posibilidades reales de formación y especialización. Dada la irreductible diversidad del panorama, es completamente irreal pretender que

9. También la cooperación en la resolución de los conflictos privados exige que los policías locales *sean requeridos para ello*, pero este requerimiento proviene de los sujetos privados en conflicto o de los próximos a ellos, mientras que el requerimiento que se refiere en el texto ha de proceder de

las autoridades responsables de los cuerpos originariamente competentes.

10. Véase, por ejemplo, el artículo firmado por L. GÓMEZ: “Mucho más que multas”, publicado en *El País*, 20 de octubre de 2002, página 26.

todas las policías locales hagan exactamente lo mismo, y en la pretensión de homogeneizar funcionalmente a todos los cuerpos locales de policía se encuentra, a mi juicio, una de las mayores debilidades de la LOFCS. Quiérase o no, hay cuerpos que no pueden, aunque hagan todo lo que esté en su mano por hacerlo, cumplir con todas las funciones que tienen legalmente atribuidas, mientras que otros pugnan por escaparse del corsé funcional tejido por la ley pues están en condiciones óptimas para hacerlo, incluso en mejores condiciones que los cuerpos estatales y autonómicos por medios, formación, número de miembros y experiencia.

Añádanse, para completar el cuadro, otros factores que también se deben considerar. Así, no siempre las fuerzas estatales o autonómicas pueden atender las demandas ciudadanas de seguridad con prontitud suficiente, lo que provoca que sean las locales quienes asumen una responsabilidad que quizá no les corresponde, muchas veces a instancia de los propios ciudadanos que ni saben ni tienen por qué saber de lindes funcionales entre los cuerpos de policía; además, en determinados lugares, la trayectoria histórica de los cuerpos locales de policía les ha procurado altos niveles de profesionalización y eficacia en materia de seguridad ciudadana, lo que les lleva a reclamar una participación más activa y autónoma en la materia. Incluso hay jurisprudencia que, indirecta y seguramente de forma involuntaria, alienta el fenómeno, como veremos en el apartado siguiente. Y, en fin, no cabe pasar por alto la dimensión política del asunto: se pueden obtener sustanciosos réditos electorales presentando a las policías locales como las auténticas garantes de la ley, el orden, la seguridad y la convivencia ciudadana en el término municipal.

Sea por lo que fuere, el desajuste entre los hechos y el Derecho existe, lo que es síntoma de que algo no funciona bien. Es notorio que un jurista no encuentra ahí piedra de escándalo, pero sí un indicador de la necesidad de enfrentar la situación; permitir que se prolongue indefinidamente una vez que ha sido claramente detectada no es precisamente la mejor de las ideas. Por muchas razones que quieran buscarse al fenómeno y por muy comprensibles que algunas puedan ser, ninguna autoriza a dejar las cosas como están. Está en juego algo tan importante como el principio de preeminencia del Derecho objetivo, básico e irrenunciable en una sociedad democrática. Pues al Derecho objetivo pertenece la legislación que distribuye, con más o menos acierto pero con la fuerza que le confiere su condición de producto parlamentario, las funciones entre los diversos cuerpos de policía.

A propósito de lo último, quisiera señalar dos cosas.

Primera. Mi profesión y la formación que me ha llevado a ella me hacen frecuentemente crítico con el ordenamiento jurídico, pero me llevan también a defender la vigencia y aplicabilidad del existente en el Estado democrático de Derecho en tanto en cuanto los órganos constitucionalmente competentes no lo modifiquen. Y, en particular, a sostener sin cansancio que la primera obligada a acatar las leyes es la Administración pública, de la que no en vano el artículo 103.1 de la Constitución dice que actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.¹¹ Administración pública que, por lo demás, carece de poder alguno de disposición sobre los productos normativos que elaboran y aprueban los parlamentos y que, sea cual sea su percepción de las leyes, no puede esgrimir el argumento de la *eficacia* para sortear los mandatos legales sin grave quiebra de los principios estructurales del Estado democrático de derecho.¹² Y esto sirve desde luego para la policía, local o no, cuyas obligaciones con respecto al ordenamiento jurídico no se limitan a no infringir el Código penal, sino que implican un respeto escrupuloso del Derecho objetivo en su conjunto.

Segunda. Me parece inaceptable que esa inadecuación entre los hechos y el Derecho se presente como un mérito del que alguien pueda enorgullecerse. Si los responsables políticos y profesionales de las policías locales y los policías locales mismos encuentran un motivo de satisfacción en comportarse al margen de la ley que establece sus funciones, es que el problema es infinitamente superior y conecta con una alarmante falta de cultura democrática. Una cosa es reconocer que a veces las policías locales llegan más lejos de lo que la ley les permite porque no queda otro remedio y otra muy distinta hacer vanagloria de lo que, mírese como se mire, es una anomalía. Es verdad que, como se explica en el apartado siguiente, los tribunales tienden a convalidar ciertas actuaciones de las policías locales que quizá extralimitan el marco funcional que el legislador ha diseñado para ellas, pero eso no otorga carta blanca para que las propias policías locales y sus responsables políticos se sientan habilitados para ejercer las funciones que tengan por conveniente.

2.4. Alusión particular a la medida en que los cuerpos locales de policía pueden ejercer funciones de policía judicial

Hace tiempo que está en el candelero el debate acerca del punto hasta el que las policías locales pueden desempeñar funciones de policía judicial. La LOFCS se

11. Dicho precepto no *describe* cómo actúa la Administración, sino que *prescribe* cómo tiene que actuar. Incorpora, pues, un mandato que tiene un destinatario bien determinado.

12. Es cierto que el principio de eficacia figura también en el artículo 103.1

como uno de los que deben guiar la acción administrativa, pero hace ya bastantes años que sabemos que la búsqueda de la eficacia no puede hacerse con sacrificio de la efectividad del Derecho.

refiere a la cuestión de modo inequívoco: según el artículo 53.1.e) les corresponde participar en las funciones de policía judicial en la forma establecida en el artículo 29.2, precepto que atribuye a las policías locales y autonómicas un carácter colaborador de las unidades orgánicas de policía judicial compuestas por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. A día de hoy, sabemos que el ordenamiento jurídico admite la existencia de unidades orgánicas formadas por funcionarios de las policías de las comunidades autónomas creadas con anterioridad a la LOFCS, pero también que en el terreno de la llamada *policía judicial específica* los cuerpos locales no tienen otro carácter que el de meros colaboradores de los que ejercen las funciones propias de la misma.¹³ Quizá se puede dialogar acerca del alcance que ha de darse a la noción de *colaboración* en esta materia, pero no acerca de la composición de las unidades orgánicas de policía judicial y de la completa inviabilidad jurídica de que estén formadas por funcionarios locales.

Como dichas unidades no acaparan la totalidad de la función de policía judicial, el tema de la participación de las policías locales en la misma no se extingue constataando sólo que son colaboradoras de aquéllas. Y así, la doctrina explica que de la LOFCS se deduce que tienen atribuidas ciertas tareas de policía judicial (instruir accidentes por circulación en el casco urbano, practicar las primeras diligencias de prevención y aseguramiento una vez que tengan noticia de la perpetración del hecho delictivo y la ocupación y custodia de los objetos provenientes del delito o relacionados con su ejecución), aunque como deben comunicar su práctica a las fuerzas de seguridad competentes, no las realizan con plena autonomía.

De igual modo, hemos de tener en cuenta que el artículo 547 de la LOPJ señala que:

“La función de la policía judicial comprende el auxilio

a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando sean requeridos para prestarla, a todos los miembros de las fuerzas de seguridad, tanto si dependen del Gobierno central, como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro de sus respectivas competencias.”

Este importante precepto reconoce una función de *policía judicial genérica* que compete a *todos los cuerpos de seguridad* pero, y esto es decisivo, *en tanto en cuanto sean requeridos para prestarla* por jueces, tribunales o fiscales, no en otras circunstancias. Aplicado el criterio a las policías locales, quiere decir que si tal requerimiento no existe no pueden ejercer otras funciones de policía judicial que las que derivan de la LOFCS, ya mencionadas. En consecuencia, sus posibilidades de comportarse como policía judicial genérica sin ser llamadas para ello por quienes pueden hacerlo son más bien modestas.¹⁴

Tampoco emito ahora una opinión estrictamente personal. Si el incremento de los cometidos de los cuerpos locales en materia de policía judicial es una idea presente tanto las declaraciones políticas¹⁵ como en las reclamaciones profesionales,¹⁶ será porque se considera que el marco normativo vigente no es muy generoso con ellos en este punto. Y añádase que a la misma o parecida conclusión ha llegado la División de Estudios de Legislación Comparada del Servicio de Estudios Jurídicos del Senado de la República Francesa en un informe sobre las policías locales en Alemania, Inglaterra, Gales, Bélgica, España, Italia, Países Bajos, Portugal y Québec, fechado en mayo de 1998; la consulta del ordenamiento jurídico español, leemos allí, “*met en évidence la grande autonomie de la police municipale en matière de police administrative et son rôle secondaire en matière de police judiciaire*”.¹⁷

Dado que hablo únicamente del diseño legal, no hay

13. Dado que la LOFCS no se aplica, en lo que a las funciones concierne, a las policías autonómicas que existían antes de su entrada en vigor, siempre ha podido defenderse la viabilidad jurídica de unidades de policía judicial constituidas en el seno de, al menos, las policías del País Vasco y de Cataluña. Así lo han reconocido al final las autoridades estatales en la modificación del Real decreto 769/1987, de 19 de junio, regulador de la policía judicial, hecha por el Real decreto 64/2002, de 18 de enero. El preámbulo de esta norma indica que “las comunidades autónomas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento del orden público, han creado unidades de policía judicial en sus propias fuerzas policiales, cuya participación en las investigaciones judiciales se ha ido generalizando”. Admite, por lo tanto que existen unidades de policía judicial formadas por policías autonómicos lo que, como digo, siempre ha podido defenderse jurídicamente, como yo mismo he hecho en otro lugar años antes del Real decreto 64/2002. En cambio, lo que a día de hoy sigue siendo inequívoco es que, con la legislación en la mano, no pueden existir unidades de policía judicial compuestas por funcionarios locales pues éstos sólo son colaboradores de las mismas.

14. En otro orden de consideraciones, y baste el recordatorio, debe tenerse también en cuenta disposición final quinta de la LRBRL, que requeriría un análisis específico que ni es del presente momento ni añadiría nada sustan-

cial al núcleo del razonamiento. Dice esa norma que “A partir de la entrada en vigor de esta ley, los municipios cabeza de partido judicial en que no exista establecimiento penitenciario alguno asumirán, en régimen de competencia delegada, la ejecución del servicio de depósito de detenidos a disposición judicial, correspondiendo la custodia de dichos detenidos a la policía municipal en funciones de policía judicial”.

15. Según una nota de prensa del Ministerio del Interior, el 23 de septiembre de 2004 el responsable del ramo ha señalado en León que la policía local puede y debe constituirse como una óptima policía de proximidad e ir realizando funciones de policía judicial en relación con la delincuencia menor, que es la que más perturba la vida cotidiana de los ciudadanos.

16. Según el segundo de los *Principios profesionales de la policía de hoy*, elaborados como conclusiones del I Encuentro Nacional de Jefes, Mandos y Técnicos de la Policía Local, celebrado en Arona (Canarias) los días 28 y 29 de octubre de 2002, “es necesario establecer los mecanismos y normativas necesarias para el pleno reconocimiento de la condición de la policía local como policía judicial a todos los efectos en el ámbito local en que sea competente”.

17. El estudio de legislación comparada en el que se encuentra dicha afirmación, que no creo necesario traducir, está disponible en www.senat.fr/lc/lc38/lc38.html.

detrás de mis palabras ningún juicio de valor acerca de la aptitud de las policías locales para conducirse como una verdadera y completa policía judicial. A veces se sugiere que los cuerpos locales de policía no están capacitados profesionalmente para actuar como policía judicial plena. No estoy de acuerdo con tal opinión si se formula con carácter general. Pienso, y no creo ofender a nadie si lo digo, que hay muchos cuerpos de policía local cuyos miembros no están en condiciones de ejercer con eficacia funciones de policía judicial adicionales a las que les hoy por hoy les corresponden legalmente, si es que pueden cumplir con éstas a plena satisfacción, mientras que hay otros que sí o que podrían estarlo con relativa facilidad. Pero el tema no es ese, sino el de la efectividad de un determinado marco legal sobre el que los ayuntamientos carecen de poder de disposición.

¿Se advierten signos de cambio? Aunque es difícil responder con seguridad, ciertos datos sugieren que sí, siquiera todavía no podamos hablar de realizaciones efectivas. Veámoslo.

A) La Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, ha añadido a la Ley reguladora de las bases del régimen local una disposición adicional nueva, la décima, cuyo tenor literal es el siguiente:

“En el marco de lo dispuesto en las leyes orgánicas 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad; 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, y en las disposiciones legales reguladoras del régimen local, se potenciará la participación de los cuerpos de policía local en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, como policía de proximidad, así como en el ejercicio de las funciones de policía judicial, a cuyos efectos, por el Gobierno de la Nación, se promoverán las actuaciones necesarias para la elaboración de una norma que defina y concrete el ámbito material de dicha participación.”

Dejando al margen esa referencia a la *policía de proximidad*, que es uno de los conceptos “estrella” de la jerga política y profesional de los últimos quince años, nótese que la norma habla de potenciar la participación de los cuerpos locales en el ejercicio de las funciones de policía judicial. Ello revela la conciencia de que hay un déficit en la materia y de que es necesario superarlo, aunque de la disposición poco se puede deducir salvo que dicha potenciación no está al alcance de las autori-

dades locales pues debe ser el Gobierno quien la impulse. En relación con todo lo demás, la norma lo deja flotando en el aire. Ni fija un plazo ni aclara qué tipo de actuación gubernamental procede, si bien me parece notorio que una modificación del *statu quo* pasa por reformar la LOFCS y la LOPJ.¹⁸

B) El artículo 31.2 de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral ante la violencia de género, contempla que las policías locales, en el marco de su colaboración con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, cooperen en asegurar el cumplimiento de determinadas medidas judiciales definitivas o cautelares (órdenes de alejamiento, privación del derecho de residir en algunos lugares o de acudir a ellos). Ello no convierte a las policías locales en policía judicial, pero potencia sus posibilidades legales de cooperación con la Administración de Justicia.

C) Añádase, con todas las reservas que impone la precariedad de la referencia, que el *primer borrador del Libro blanco para la reforma del gobierno local en España*, elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas y presentado en enero de 2005, postula “que las policías municipales que cuenten con la capacitación adecuada puedan ejercer funciones de policía judicial”.¹⁹

Pero si por ahora los datos normativos dicen lo que dicen, a ellos no responde siempre la realidad. Los repertorios de jurisprudencia enseñan que los tribunales de justicia tienen que pronunciarse a veces sobre actuaciones de la policía local vinculadas al descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes que se han desarrollado de forma completamente autónoma y al margen de la impetración judicial o fiscal requerida por la Ley orgánica del Poder Judicial. Los jueces resuelven el problema apelando al artículo 283 de la Ley de enjuiciamiento criminal de 1882, que dan por vigente. Con apoyo en dicho precepto, que sólo ha sido modificado en una ocasión,²⁰ el Tribunal Supremo y las audiencias provinciales entienden que las policías locales pueden ejercer funciones de descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes ya que conforme a él constituyen policía judicial. Esto es, que están habilitadas para el ejercicio autónomo de auténticas funciones de investigación criminal y no sólo para el de las diligencias imprescindibles ante la comisión de un hecho delictivo de la que hayan tenido noticia o cuya comisión está en ciernes, siempre conforme al marco de colaboración

18. En el trámite parlamentario de la ley, el Grupo Socialista pretendió sin éxito que se precisara que el Gobierno disponía de un plazo de seis meses para hacer efectivo el mandato legal y que debía hacerlo a través de la presentación de un proyecto de ley (enmiendas núm. 252 y 192, la primera en el Congreso y la segunda en el Senado). En la Cámara Alta presentó una enmienda idéntica, la núm. 122, el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés.

19. El texto del borrador está disponible en www.map.es; la referencia

en la página 66. Nótese que no precisa las funciones de policía judicial que podrían atribuirse a las policías locales y que circunscribe la posibilidad a los cuerpos *que cuenten con la capacitación adecuada*.

20. Concretamente, por la Ley 3/1967, de 8 de abril. En lo que nos interesa, modificó la formulación legal de algunos de los sujetos que constituyen la policía judicial y añadió al elenco el personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico encargado de la investigación técnica de los accidentes.

establecido en las Juntas de Seguridad y dando cuenta de su acción a los cuerpos estatales o autonómicos.²¹

El escollo con el que choca esa línea de razonamiento es que su presupuesto se presta a discusión: con todos mis respetos para las Salas de lo Penal, albergo serias dudas acerca de la vigencia del artículo 283 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Es cierto que no ha sido derogado expresamente, pero hay argumentos para sostener que la LOPJ y la LOFCS lo han hecho tácitamente en la medida en que confieren a la materia una fisonomía jurídica tan distinta a la anterior que es complicado admitir que ambas coexisten y son aplicables simultáneamente y sin dificultad.²² El artículo 283 de la Ley de enjuiciamiento criminal obedece a un modelo de policía judicial que nada tiene que ver con el que está en la base de las leyes orgánicas del Poder Judicial y de fuerzas y cuerpos de seguridad, motivo por el cual su vigencia me parece altamente difícil de justificar jurídicamente. A ello no se opone que el artículo 1 del Real decreto regulador de la policía judicial de 1987 lo tenga por vigente. Si subsiste, será porque la LOPJ y la LOFCS lo consienten; si no lo hacen, como creo que sucede, esa norma reglamentaria es incapaz de *resucitarlo* por impedirlo los más elementales principios rectores del sistema de fuentes del Derecho.

A la vista de mi opinión, se comprenderá que me pareciera muy interesante que la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003 (RJ 6376) considerara que el artículo 283 de la Ley de enjuiciamiento criminal debe tenerse “por derogado, tácitamente, por la legislación promulgada tras la Constitución de 1978”. La sentencia, centrada en el Servicio de Vigilancia Aduanera, señala incluso que “las policías locales son órganos de colaboración de la policía judicial”, referencia innecesaria en el contexto del litigio que resuelve y a la que quizá por ello deba conferirse una relevancia especial. Confieso que al leerla pensé que había quebrado un criterio jurisprudencial que no me convenía y, sobre todo, que se había dado un paso decisivo hacia la implantación de un modelo moderno de policía judicial alejado del extraño falansterio que, a los ojos de un jurista del siglo XXI, es el artículo 283 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

Sin embargo, el 14 de noviembre de 2003, el pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adopta un acuerdo no jurisdiccional señalando que el artículo 283 de la Ley de enjuiciamiento criminal “no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación”.

A mayor abundamiento, la posterior sentencia de la misma Sala de 23 de enero de 2004 (RJ 2175) entiende que la LOFCS hace una *remisión tácita* a los artículos 282 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento criminal, entiende vigente el artículo 283 y afirma que “hay que estimar que los responsables de una determinada policía local pueden organizar un servicio de persecución de delincuentes en cuanto a las infracciones penales cometidas en el territorio del correspondiente municipio *sin autorización judicial previa al respecto*. Si se conoce la venta de droga en un determinado lugar, como aquí ocurrió, cabe que la policía local ordene a un determinado grupo de sus agentes que actúe en persecución de los correspondientes delincuentes”.

Llegados hasta aquí, quisiera indicar que creo comprender las razones por las que los tribunales dan por vigente el artículo 283 de la Ley de enjuiciamiento criminal cuando sentencian en procesos que tienen en su base una intervención de la policía local dudosamente ajustada al marco funcional legalmente diseñado. Dado que las pruebas obtenidas por la policía no pierden relevancia procesal aunque hayan sido obtenidas por funcionarios que no son en principio quienes pueden actuar, ¿qué pueden hacer los jueces sino dar cobertura a su intervención? Salvo que se acepte que la infracción de las reglas de reparto funcional entre los cuerpos de policía repercute sobre la validez de las pruebas obtenidas, considerar vigente el artículo 283 de la Ley de enjuiciamiento criminal reporta indiscutibles utilidades.

Ahora bien, ello no puede poner viento en las velas de las policías locales ni animarlas a contravenir el diseño que la ley traza de sus funciones. Es una cuestión de responsabilidad institucional. Que a día de hoy no se adviendan consecuencias de la infracción consciente de ese marco (aunque alguna sentencia habla de la de carácter político o administrativo) no significa que no se pueda y deba pedir a los responsables de los cuerpos de policía local y a las policías locales mismos que velen porque el reparto funcional legalmente establecido no sufra en exceso y que recuerden que el ejercicio cuidadoso de las propias competencias es no sólo un requisito del buen funcionamiento de un modelo policial complejo sino un imperativo del principio de preeminencia del Derecho objetivo, que es uno de los puntales del régimen democrático entero. Por tal motivo, los cuerpos locales no pueden aprovechar el criterio jurisprudencial (que al fin y al cabo responde a la idea de hacer de la necesidad virtud) para comportarse al margen de la

21. O las previstas en el artículo 4 del Real decreto 769/1987, de 19 de junio, regulador de la policía judicial (cursiva mía): “Todos los componentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, cualquiera que sean su naturaleza y dependencia, practicarán por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren

relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la autoridad judicial o fiscal, directamente o a través de las unidades orgánicas de policía judicial.”

22. Podría discutirse si se trata de una derogación tácita por *incompatibilidad* o por *nueva regulación integral de la materia*, pero no creo que tal disquisición tenga excesivo interés ahora. En cualquier hipótesis, el efecto final es el mismo.

delimitación de sus funciones que, con acierto o sin él, ha hecho el legislador.

Ya lo he avanzado antes y lo reitero ahora: las obligaciones de la policía con respecto al ordenamiento jurídico no se limitan a no cometer actos punibles, van mucho más allá. Y quien no entienda esto, sea policía, sea responsable político de la policía, no entiende la posición que las fuerzas de seguridad ocupan en el Estado democrático de derecho.

3. La organización

La LOFCS ha tenido sobre el lenguaje el efecto de popularizar la expresión *policías locales* en detrimento de la más añeja de *policías municipales*, ha propiciado el empleo de una nomenclatura que ha hecho fortuna y se ha extendido. Sólo la Ley reguladora de las bases del régimen local, anterior en casi un año a la LOFCS pero profundamente modificada con posterioridad, se mantiene al margen de la tendencia y habla, todavía hoy, de la *policía municipal*, aunque tras su última reforma ha sucumbido también a ella.²³ Y lo curioso es que, hoy por hoy, la expresión *policías municipales* es la técnicamente correcta, en lugar de la otra.

En efecto. Es verdad que el artículo 148.1.22 habla de las *policías locales*, pero ello se debe a que el ordenamiento vigente en diciembre de 1978 contemplaba la existencia de policías provinciales y municipales²⁴ y a que es conveniente que la Constitución no se pronuncie sobre un particular tan concreto, siendo bueno que utilice una terminología amplia y no excluyente que deja en manos del legislador la decisión acerca del ámbito territorial de los cuerpos de policía dependientes de las entidades locales. Sin embargo,

tiene poco sentido que la LOFCS y las normas posteriores a ella la empleen pues las *policías locales* a las que se refieren son y sólo pueden ser *policías municipales*; en consecuencia, así habría que denominarlas si de llamar a las cosas por su nombre se tratara.

Que lo que nuestras normas llaman policías locales son y sólo pueden ser municipales es una de las conclusiones más claras que se extraen de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las primeras leyes autonómicas de coordinación. No pocas de ellas preveían la existencia de policías supramunicipales, solución que contaba con el aval del Consejo de Estado (dictámenes 55.288, de 13 de diciembre de 1990, y 1477/1992, de 22 de diciembre de 1992) y del Tribunal Supremo (Sentencia de 27 de mayo de 1992, RJ 4445). La posibilidad fue sin embargo condenada por el Tribunal Constitucional quien, en varias sentencias del año 1993, afirmó que si la LOFCS contempla a las policías locales como policías de ámbito estrictamente municipal, que es lo que efectivamente hace, no pueden existir policías locales de ámbito distinto.²⁶

La palanca que mueve el argumento no es desde luego frágil: el Tribunal considera que la LOFCS forma parte del *bloque de la constitucionalidad* del artículo 28.1 de su ley orgánica reguladora, de donde deduce que si aquella norma impide la existencia de policías locales que no sean municipales, las comunidades autónomas deben respetar tal decisión cuando plasman en leyes sus competencias en materia de coordinación de las policías locales.²⁶ Coherente con su punto de partida, el Tribunal Constitucional admite sólo las excepciones a la regla de la circunscripción municipal de la actividad de las policías locales que la LOFCS contempla; esto es, las situaciones de *emergen-*

23. En su texto actual, la LRRL habla todavía de la *policía municipal* [artículo 21.1.i), artículo 124.4.j), disposiciones finales tercera y quinta], pero incluye ya la expresión *policías locales* en la disposición adicional décima, introducida por la Ley 57/2003 y ya mencionada más atrás en el texto.

24. Por ejemplo, artículo 1.2 de la Ley de policía de 4 de diciembre de 1978, elaborada en consecuencia paralelamente a la Constitución: “La organización y funciones de los cuerpos de seguridad dependientes de las provincias y municipios se regirán por sus disposiciones especiales.”

25. Buen exponente del argumento del Tribunal Constitucional son las siguientes palabras de la Sentencia 50/1993, de 11 de febrero, relativa a la Ley del Principado de Asturias:

“Examinado el modo en que la LOFCS ha delimitado la competencia a que se refiere el artículo 148.1.22 de la Constitución es de observar que, como se dice en las STC 25/1993 y 49/1993, la competencia autonómica excluye la posibilidad de crear cuerpos de policía supramunicipales y de establecer o permitir la prestación unificada o mancomunada del servicio de policía local en régimen de colaboración intermunicipal.

“Ello es así, como señalan dichas sentencias, porque en la LOFCS no se contemplan otros Cuerpos de Policía que los propios de los municipios (artículo 51), de manera que todas las facultades de las comunidades autónomas concernientes a esos cuerpos [...] han de entenderse referidas sólo a los de policía municipal, que son aquellos a los que, no obstante las denominaciones genéricas contenidas en determinados lugares de la ley [artículos 2.c), 39, 52.1 y 53], alude expresamente el legislador estatal (artículos 51 y 54.1). A lo que se debe añadir el carácter estrictamente municipal de la acción poli-

cial, pues, a tenor del artículo 51.3 de la LOFCS, los cuerpos de policía local ‘sólo podrán actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo, salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las autoridades competentes’.

“Frente a esta clara voluntad del autor de la ley a la que se remiten los artículos 148.1.22 de la Constitución y 11.1.i) del EAA, no cabe oponer las competencias autonómicas atinentes a la creación de entes locales supramunicipales [...]. Tales competencias tienen un fundamento constitucional distinto (artículo 148.1.2 de la CE) —como al propósito viene a corroborar el artículo 173 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, según el cual ‘la policía local ejercerá sus funciones de acuerdo con lo previsto en el título V de la Ley orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad’—, no resultando posible, por tanto, deducir de ellas, al margen o contra la citada ley orgánica, promulgada ex artículo 148.1.22 de la CE, una facultad que tampoco es inherente al título competencial enunciado en este último precepto constitucional (FJ 3).”

26. Recuerdo que, según el artículo 28.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, “para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley, disposición o acto con fuerza de ley del Estado o de las comunidades autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”.

cia aludidas en el artículo 51.3, que, por cierto, interpreta estrictamente.²⁷ A ellas debemos añadir hoy la introducida en el propio artículo 51 por la Ley orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales.²⁸

¿Qué decir de esa importante doctrina constitucional? Fundamentalmente, que tiene una lógica interna implacable y que quien quiera enfrentarse a ella debe argumentar convincentemente que la LOFCS no forma parte del bloque de la constitucionalidad, lo que no es nada fácil. Por lo tanto, antes que en el Tribunal Constitucional debemos poner el punto de mira en la LOFCS, que no admite otras policías locales que las municipales aunque, desde luego, la ligazón de la policía local al municipio no sea absoluta en el sentido de estar previsto que todos los municipios puedan contar con un cuerpo de policía propio.²⁹ A consecuencia de la opción adoptada por el legislador estatal, los autonómicos no pueden eludir el marco municipal con el que la LOFCS aherroja a la policía local. Y no lo hacen, salvo en Navarra.³⁰ Por lo tanto, en dieciséis comunidades autónomas los cuerpos locales de policía son única y exclusivamente municipales.³¹

A mi juicio, esa vinculación legal tan estrecha entre la policía local y el municipio es causa de algunos problemas, que podrían quizá solventarse aceptando las fórmulas mancomunadas o asociadas. Indico dos.

A) Hay municipios con población suficiente para crear un cuerpo de policía local pero que mantienen cuerpos con una plantilla tan escasa que difícilmente pueden dar servicio eficaz a la población. El entonces denominado

Ministerio de Justicia e Interior elaboró en 1995 un documento titulado “El modelo policial español” que advertía de la existencia de un número abundante de cuerpos con plantillas ciertamente reducidas y decía lo siguiente (página 141): “El propio sentido común hace innecesario incidir más en la imposibilidad de existencia de cuerpos de policía con uno, dos, tres o cuatro funcionarios policiales carentes de cualificación profesional y de medios para ejercer sus funciones. Solamente para asegurar una presencia policial mínimamente significativa durante veinticuatro por veinticuatro horas, sería preciso contar con una plantilla de, al menos dieciséis funcionarios y ello solamente para garantizar una presencia permanente, obviamente con una prestación bajo mínimos del servicio.”

Abstracción hecha de esa alusión a la carencia de cualificación profesional de los funcionarios policiales pertenecientes a cuerpos de plantillas muy reducidas,³² me parece claro que si las plantillas son muy menguadas es bastante difícil, cuando no imposible, cumplir satisfactoriamente con las funciones legalmente atribuidas al cuerpo, por mucho empeño y voluntad que pongan sus componentes.

B) Hay municipios sin capacidad para crear cuerpos de policía porque no alcanzan el límite poblacional establecido (el que exista y allí donde exista) pero que necesitan un servicio público de seguridad al menos durante unos meses al año. Quien viva en un territorio de acreditado atractivo turístico sabe que en determinadas localidades el número de habitantes de hecho crece estacionalmente de forma muy significativa; y

27. Tales situaciones de emergencia no son para el Tribunal Constitucional lo mismo que las de urgencia o necesidad aludidas en algunas de las leyes autonómicas enjuiciadas (sentencias 49/1993, de 11 de febrero, y 82/1993, de 8 de marzo). A juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 51.3 de la LOFCS agota el listado de supuestos imaginables de actuación extraterritorial, no pudiendo las leyes de las comunidades autónomas introducir otro y menos soslayando el requisito legal del requerimiento previo de las autoridades competentes, que es lo que hacían algunos textos en relación con las urgencias, hipótesis en las que contemplaban una actuación fuera del municipio de pertenencia sin perjuicio de su inmediata comunicación a dichas autoridades. De todos modos, ello no significa, dice el Tribunal, “que los agentes policiales de un determinado municipio que se hallaren fuera de su territorio ante unas situaciones de necesidad deban inhibirse en la prestación de auxilio o en la realización de las diligencias que procedan según las leyes”.

28. Dice ahora el precepto que los policías locales, “cuando ejerzan funciones de protección de autoridades de las corporaciones locales, podrán actuar fuera del término municipal respectivo, con autorización del Ministerio del Interior o de la correspondiente autoridad de la comunidad autónoma que cuente con cuerpo de policía autonómica, cuando desarrollen íntegramente esas actuaciones en el ámbito territorial de dicha comunidad”.

29. El Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local de 1986 ha marcado un límite censal: estos cuerpos sólo pueden existir en los municipios de más de 5.000 habitantes, salvo autorización expresa de la Administración competente (hoy, de la comunidad autónoma respectiva). Como esa norma del texto refundido no es básica, algunas comunidades autónomas la han respetado y otras han prescindido de ella, bien fijando umbrales poblacionales superiores, inferiores o ninguno.

30. Dejando al margen la interesante cuestión de los fundamentos constitucionales de la solución, tema en el que no podemos detenernos ahora,

recuerdo que el Decreto foral legislativo 213/2002, de 14 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley foral de cuerpos de policía de Navarra, contempla la existencia de *policías supramunicipales* en las entidades locales resultantes de la agrupación de municipios que tengan competencia para ello y superen conjuntamente los 5.000 habitantes. Estas entidades asociativas pueden crearse o no con la única finalidad de mantener un cuerpo policial propio, cuerpo cuya actuación “se ejercerá de modo uniforme en el conjunto de los términos municipales o concejiles que integren la entidad y estén adheridos a dicho servicio” (artículo 21). Incluso se prevé que el Gobierno de Navarra establezca “medidas de fomento para la creación de cuerpos de policía dependientes de mancomunidades en aquellas zonas donde no existan entidades locales con la población mínima exigida [5.000 habitantes] para crear por sí mismas cuerpos de policía, pero cuya densidad de población y características propias aconsejen, en cuanto a la seguridad pública, la existencia de cuerpos de policía local” (artículo 22).

31. No es un olvido la falta de referencia a Ceuta y Melilla, que tienen competencias en materia de policía local; pero son *ciudades* cuyo territorio es el comprendido en la delimitación de su término *municipal* al momento de dictarse las leyes orgánicas 1/1995 y 2/1995, ambas de 13 de marzo, por las que se aprueban sus respectivos estatutos de autonomía. Por lo tanto, quedan fuera del argumento principal ya que en Ceuta y en Melilla no pueden existir cuerpos supramunicipales de policía por estrictas razones de demarcación territorial.

32. De todos modos, hay que ser conscientes de un dato objetivo. ¿En qué medida los funcionarios de un cuerpo que cuenta con tres o cuatro o cinco miembros están en condiciones reales de formarse? La formación policial requiere tiempo y dedicación y es posible que los miembros de plantillas tan reducidas no dispongan de él pues deben prestar el servicio encomendado.

con él los problemas de seguridad, con la consiguiente necesidad de contar con una fuerza pública que los afronte.

Las soluciones que el Derecho admite para el problema son conocidas: colaboración de las policías del Estado o de las autonómicas donde las haya, protagonismo de los auxiliares, alguaciles o similares. Pero las primeras pueden no estar en condiciones efectivas de prestar el servicio requerido y no es seguro que los segundos puedan suplir a los cuerpos locales a plena satisfacción, máxime si tenemos en cuenta que algunas leyes autonómicas restringen sus cometidos por comparación a los de los cuerpos de policía local limitando así su margen de maniobra.³³

En cualquier caso, ni los municipios sin cuerpos de policía local ni los que cuentan con ella pero con plantillas exiguas, pueden recurrir a los servicios de seguridad privada para el cumplimiento de las funciones legalmente encomendadas a la policía. No sólo contamos con datos normativos internos suficientes que abonan la conclusión,³⁴ sino que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a varias legislaciones nacionales de seguridad privada, y entre ellas la nuestra, ha solventado cualesquiera dudas que al respecto pudieran albergarse.³⁵

33. Esas dos posibilidades son hoy las jurídicamente viables. En el texto se censura acto seguido el recurso a la seguridad privada y señalo aquí que no es aceptable que, como prevé la ley de Cantabria, pueda incrementarse temporalmente la plantilla del personal con funciones de auxiliar de policía en los municipios donde se produzca un aumento notorio de población en época estival. Si no me equivoco, las funciones de estos auxiliares, aun cuando no coincidan con las de los cuerpos de policía local, implican ejercicio de autoridad y, según el artículo 92.2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, su ejercicio "queda reservado exclusivamente a personal sujeto a estatuto funcional", estatuto que no puede predicarse de contratado temporal de ninguna clase. La legislación de función pública suministra otras soluciones que, por lo menos, tienen la ventaja de no infringir esa disposición de la legislación básica estatal.

34. Algunas leyes autonómicas de coordinación de las policías locales disponen, con una expresión u otra, que las funciones de la policía local no pueden ejercerse a través de terceros, el tenor literal de la Ley de seguridad privada no facilita la solución contraria y el artículo 92.2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local es claro al reservar exclusivamente el ejercicio de las funciones que impliquen ejercicio de autoridad "a personal sujeto al estatuto funcional".

35. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de octubre de 1998 (asunto C-114/97, Comisión contra Reino de España) afirma que el Estado español ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado al supeditar el ejercicio de la actividad de seguridad privada a la exigencia de que las empresas y personas que lo realizan tengan la nacionalidad española, pues este aspecto de la Ley de seguridad privada no se compadece con el régimen comunitario de las libertades de establecimiento, prestación de servicios y circulación de trabajadores. Después, el Tribunal ha dictado otras sentencias que siguen la misma línea argumental básica. Por limitarnos a las razones que llevan al Tribunal a afirmar el incumplimiento del Estado español, señalemos que son las siguientes:

a) Las empresas privadas de seguridad no forman parte de la Administración pública, por lo que no están afectadas por el artículo 39.4 del Tratado (inaplicación a los empleos en la Administración pública del principio de libre circulación de trabajadores).

4. Propuestas

Llegados hasta aquí, me atrevo a esbozar una propuesta sobre la hipotética modificación del marco normativo de los cuerpos de policía local. Advierto que indico sólo una serie de cuestiones sobre las que, a mi juicio, convendría reflexionar. Antes que presentar soluciones acabadas a un problema tan complejo como que el que nos ocupa (tarea para la que ni me siento legitimado ni capacitado), mi pretensión es sugerir líneas para un debate público, que estimo inaplazable. Debate que, ni qué decirlo tiene, no es un fin en sí mismo. De lo que se trata es de diseñar un nuevo modelo policial que redunde en una mayor eficacia y en un incremento de la seguridad ciudadana, modelo en el que las policías locales pueden ocupar una posición distinta la que hasta ahora les ha asignado la norma.

Señalo también que si esa modificación llega algún día, deberá hacerse teniendo en cuenta que las policías locales son una pieza más de la compleja maquinaria que tiene a su cargo el mantenimiento de la seguridad pública y que no puede alterarse ninguna de ellas sin evaluar la repercusión que la operación ha de

b) Su actividad tiene por objeto llevar a cabo misiones de vigilancia y protección sobre la base de relaciones jurídico-privadas, motivo por el cual, y aunque contribuyan al mantenimiento de la seguridad pública como cualquier otro individuo, no ejercen poder público.

c) La legislación española distingue claramente entre las tareas que realizan las empresas privadas de seguridad y las reservadas a la policía; si en determinadas ocasiones los empleados de las primeras están obligados a asistir a la segunda, ello constituye sólo una función auxiliar.

d) Por tal motivo, las excepciones previstas en el Tratado relativas a la inaplicación de las normas sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios a las actividades relacionadas, aunque sólo sea de forma ocasional, con el ejercicio del poder público, no pueden operar válidamente en este caso.

La sentencia ha obligado a reformar la Ley de seguridad privada con el objeto de permitir que empresas nacionales de un Estado miembro o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo puedan prestar servicios de seguridad privada, que los administradores y directores de las mismas residan en unos o en otros y que las personas que ejercen la actividad sean nacionales de los mismos (Real decreto ley 2/1999, de 29 de enero). En cambio, el acceso de ciudadanos comunitarios a la función pública policial está cercenado por la interpretación que ha prevalecido del artículo 39.4 del Tratado y por la Ley 17/1993, de 23 de diciembre. Dichas interpretación y ley parten de la inaplicación del principio de libre circulación de trabajadores a los empleos públicos que impliquen una participación directa o indirecta el ejercicio del poder público, lo que alcanza, sin duda, a las funciones de la policía.

Así las cosas, parece discutible que la Administración pueda utilizar para el ejercicio de funciones de poder público, refractarias, como se ha dicho, a la efectividad de las libertades económicas comunitarias, trabajadores de un sector en el que dichas libertades deben regir precisamente porque, a la vista de la legislación, es ajeno a dichas funciones. Si el Tribunal de Justicia considera que las diferencias legalmente establecidas entre la seguridad pública y la seguridad privada abonan que en ésta campeen las libertades comunitarias y en la primera no, hay que preguntarse por si es o no fraudulento utilizar a la segunda para actividades que la legislación que el Tribunal tiene en cuenta reserva a la primera.

tener sobre el conjunto. Si el número de funcionarios de policía local asciende a casi el treinta por ciento del total de los que forman los cuerpos policiales que operan en España.³⁶ sería inoportuno o inconveniente tocar el régimen jurídico de las policías locales y dejar intacto el de las demás. Con acierto o sin él, la legislación hoy vigente intenta establecer un equilibrio determinado entre los tres niveles policiales que reconoce (el estatal, el autonómico y el local) y confiere al tercero una posición más o menos consistente, pero que está en función de la que ha atribuido a los otros dos. Alterarla implica romper el equilibrio establecido y provoca la necesidad de componer otro. De ahí que una modificación del actual marco jurídico de las policías locales debe llevar aparejada la correlativa modificación del marco jurídico de las demás sobre las que el Estado tiene competencia legislativa y que no puede hacerse de forma aislada.³⁷

Dicho lo anterior, vayamos a las *propuestas* entendidas en el sentido que ha quedado expuesto líneas más atrás.

A) Hemos de partir, en primer lugar, de un dato incuestionable y que nos viene dado desde fuera: la heterogeneidad del mundo local español desaconseja un tratamiento uniforme. La LOFCS no lo ha entendido así y establece un marco funcional idéntico para todos los municipios que pueden contar con cuerpos de policía local, sin reparar en que las diferencias entre ellos son a veces abismales.

Tales diferencias sugieren que no es acertado homogeneizar las funciones de todos los cuerpos locales de policía. Con independencia de que todos los municipios dispongan de competencias en materia de seguridad en los términos establecidos en el artículo 25.2 de la Ley de bases del régimen local, entre los que disponen de cuerpos de policía es preciso establecer algunos distinguos a la hora de atribuir funciones, distinguos que deben estar en relación directa con los medios personales y materiales disponibles.

B) Pienso que habría que comenzar por eliminar el *minifundismo* policial, por hacer desaparecer los cuerpos *exiguos* y potenciar la creación de otros con plantilla y medios suficientes para acometer con eficacia el empeño de contribuir al mantenimiento de la seguridad pública en los términos legalmente previstos.

Ello puede conseguirse *desmunicipalizando las policías locales*. Comarcas, mancomunidades u otras figuras asociativas debieran convertirse en la base territorial de los cuerpos locales de policía en muchos lugares del territorio nacional, exactamente igual que existen a propósito de otros servicios locales cuando los municipios individualmente considerados tienen dificultades para asegurar su prestación. El objetivo a perseguir sería reducir el número de cuerpos y permitir que todos los existentes estuvieran en condiciones reales de prestar con eficacia las funciones que tengan atribuidas. Esa reducción de cuerpos no tendría que llevar aparejada una disminución del número de funcionarios, sino acaso lo contrario. Si hablamos de cuerpos mancomunados, hay que complementar el método habitual de cálculo de los policías que son necesarios (tantos por cada mil habitantes) con el criterio del territorio a cubrir.

Para ello es precisa, obviamente, una modificación legislativa, lo que quizá hoy no sea políticamente inviable si reparamos en que el *primer borrador del Libro Blanco para la reforma del gobierno local en España*, presentado en enero de 2005, dice que debería permitirse que los ayuntamientos presten el servicio de seguridad ciudadana de forma asociada.³⁸

La articulación técnica de dicha propuesta debe medirse bien. No se trata sólo de prever la prestación asociada del servicio de policía local, sino también de aclarar en qué condiciones es posible.

Así, habría que fijar una cifra mínima de población de Derecho para que un municipio pueda contar con un cuerpo de policía propio, aunque permitiendo quizá su existencia en los que no alcancen pero cuya población de hecho se incrementa significativamente en determinadas épocas del año. En cuanto a cuál puede ser esa cifra mínima, me parece obvio que la de 5.000 habitantes se queda muy corta y que habría que barajar por lo menos la de 10.000, que es por ejemplo la que maneja la legislación catalana, aunque quizá conviniera una incluso superior (¿20.000 habitantes?); en todo caso, las excepciones a la regla debieran aceptarse con carácter marcadamente restrictivo.

A partir de ahí, la existencia de otros cuerpos locales dependería de fórmulas asociativas, sin que ninguno pudiera crearse si la población de Derecho de los muni-

36. No dispongo de cifras exactas, pero las que habitualmente se manejan indican que en España hay unos 55.000 funcionarios de policía local, frente a unos 15.000 autonómicos y unos 120.000 policías del Estado (Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía). En porcentaje aproximado, los policías locales forman el 29% de la plantilla policial española.

37. Por lo demás, esa reforma general de la legislación policial se adivina cada vez más inaplazable. La LOFCS ha cumplido una misión importante, pero sufre indicios claros de agotamiento y, con ella, el modelo policial que diseñó. Hay aspectos significativos de la norma que reclaman una revisión; debe ser en el marco de ésta que se acometa la deseada del régimen jurídico de

las policías locales, desde planteamientos globales y sistemáticos.

38. Página 66. La opinión del Libro blanco sobre el particular no es una novedad en el ideario del Partido Socialista en la materia. Es cierto que contrasta con la filosofía de la LOFCS, que fue aprobada en 1986 cuando dicho partido gobernaba y contaba con mayoría absoluta en el Parlamento, pero había sido ya avanzada en el documento "Propuesta para un pacto cívico de gobierno local", elaborado con vistas a las elecciones municipales y autonómicas de 2003. Allí se sugiere "posibilitar la mancomunización, o fórmulas territoriales acordes con los marcos estatutarios de las comunidades autónomas, del servicio de policía local en los pequeños ayuntamientos como fórmula más adecuada para abordar las necesidades de seguridad municipal en

cipios mancomunados no alcanza un determinado umbral numérico, acerca del cual podría discutirse si habría de ser el mismo que el previsto para la existencia de los cuerpos municipales.

En ambos casos, los cuerpos existentes debieran contar cuando menos con un número determinado de funcionarios que asegurara la prestación eficaz del servicio durante veinticuatro horas al día y permitiera que, de forma rotatoria, sus miembros (comenzando por los mandos) tuvieran ocasión de participar regularmente en actividades de formación sin comprometer por ello la efectividad de dicha prestación.

C) Si la operación comentada en el punto anterior se realizara, con la inherente consecuencia de provocar una reducción significativa del número de cuerpos de policía local, se habría dado un paso importante pero insuficiente. Debería ir acompañada de un nuevo diseño legal de las funciones que tuviera en cuenta el mapa resultante. Pese a la disminución del número de cuerpos, no sería buena solución que todos ellos estuvieran asimilados funcionalmente, pues seguirían existiendo diferencias irreductibles de diverso orden que deberían valorarse a estos efectos.

a) Pienso que, en principio, los cuerpos mancomunados no tendrían que asumir funciones diferentes a las que el actual artículo 53 de la LOFCS asigna a las policías locales, aunque obviamente ampliadas geográficamente a todo el territorio de la asociación. La previsible dimensión del mismo desaconseja un incremento funcional y postula por una concentración de cometidos.

b) En los municipios que cuenten con un cuerpo propio de policía local, podría estudiarse un aumento de sus funciones siempre que prestaran servicio en localidades de población numéricamente significativa (de ahí la importancia de exigir una cifra mínima de cierto bulto). Particularmente, no encuentro razón para descartar que pudieran ejercer las funciones de policía judicial previstas en la Ley de enjuiciamiento criminal en el procedimiento abreviado y en el de enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Ello implicaría la necesidad de contar con una plantilla suficiente para asegurar que el desempeño de estas misiones no menoscaba el de las demás de las policías locales y, naturalmente, un grado suficiente de formación, que no se improvisa.

Tampoco sería inconveniente, a mi juicio, analizar en qué medida estos cuerpos municipales debieran ser los competentes para proteger las manifestaciones y mantener el orden en las grandes concentraciones humanas en el término municipal sin perjuicio de la cooperación de otros cuando fuere necesario.

c) Por último, se podría plantear un cambio importante que afectara sólo a los cuerpos municipales que prestan servicio en determinadas localidades de importancia contrastada y que por medios y experiencia están en condiciones de actuar como *policías integrales* dentro del término municipal, previo el oportuno reciclaje formativo.

Para establecer de qué municipios se trata, no es útil apelar al concepto de *municipios de gran población* tal y como lo formula la LRBRL. Admite una aplicación tal que mejor hubiera sido buscar otro nombre para identificar a los que pueden acogerse al régimen especial previsto para los que la ley llama de esa forma.³⁹ Descartada la referencia, pienso que la población a considerar no debiera ser inferior a los 300.000 habitantes, lo que reduciría el número de estos municipios a doce. Tomo la cifra del *Informe sobre las grandes ciudades y las áreas de influencia urbana* elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas, que me parece buena como punto de partida para la discusión.

En tales municipios, los cuerpos locales podrían asumir las competencias y funciones que asumen los cuerpos autonómicos, incluyendo por tanto la posibilidad de formar unidades orgánicas de policía judicial. Esto es, debieran ser los *cuerpos integrales* en materia de seguridad pública en el ámbito del municipio, pudiendo aplicarse la plantilla prevista para delimitar las funciones que se reservan los cuerpos del Estado en aquellos territorios que cuentan con una policía autonómica. ■

ese ámbito”.

39. No son pocos los municipios que susceptibles de engrosar el elenco de los de *gran población* y acogerse al régimen especial que para ellos prevé

la LRBRL de los que no puede decirse que sean *grandemente poblados*. Para que nadie se moleste, pongo un ejemplo de mi tierra: Teruel tiene sólo unos 32.000 habitantes, pero puede ser *municipio de gran población* a efectos

El asedio inmobiliario. La dejación de obligaciones del propietario. Marco jurídico y posición de la Administración local*

Romà Miró Miró
Abogado

1. El asedio inmobiliario.
 - 1.1. La acción desde el Derecho penal. 1.2. La acción desde el Derecho civil. 1.3. La acción desde el Derecho administrativo local.
2. La dejación de obligaciones de los propietarios.
3. El mandato de ejecución como reacción ante el incumplimiento de los deberes de conservación por parte de los propietarios.
 - 3.1. La Administración competente para dictarlas. 3.2. Las personas obligadas a cumplimentarlas. 3.3. El contenido de la orden de ejecución. 3.4. El procedimiento a seguir para dictar una orden de ejecución: audiencia al interesado. 3.5. El incumplimiento de la orden de ejecución.

*Texto de la conferencia impartida en la sesión de 11 de marzo de 2005 del Seminario de Derecho Local promovido por la Federación de Municipios de Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona, la Diputación de Barcelona, la Escuela

de Administración Pública de Cataluña y el Área Metropolitana de Barcelona-Mancomunidad de Municipios.

1. El asedio inmobiliario

Recogemos dos noticias de fácil acceso. Una de la prensa diaria, la otra de la web del Ayuntamiento de Barcelona.

Noticia de *El País*, de 23 de agosto de 2004. Dice así:

“Un juez de la localidad, que instruye una denuncia por acoso inmobiliario, ordenó el desalojo de la familia de la conocida como Casa Tangora.

“[...] El conflicto de la Casa Tangora comenzó en 2003, cuando un empresario de Erandio (Vizcaya) compró el piso central del edificio de cinco plantas, dividido en tres viviendas. Su intención era adquirir posteriormente el piso de abajo, un dúplex, pero otro de los vecinos se le adelantó. En venganza, el empresario decidió el 30 de julio de 2003 ceder la vivienda a la citada familia que residía en una furgoneta en Erandio por un simbólico euro. En el piso se instalaron más de treinta personas.

“Desde ese momento, los vecinos del dúplex comenzaron a quejarse de goteras, destrozos, inundaciones, amenazas y robos. Tras presentar más de un centenar de denuncias, su abogado acusó al propietario de la vivienda de *mobbing* inmobiliario.

“[...] El juez de Getxo, que imputó a los tres inquilinos y a su arrendador por este tipo de acoso, argumenta para ordenar el desalojo, que en el inmueble se cometen delitos ‘de forma persistente y flagrante’, en referencia a los destrozos e inundaciones. Por ello, además del desalojo, ha prohibido al empresario volver a establecer comunicación con los demás vecinos. El auto alaba la paciencia que han tenido los denunciados, recabando el auxilio de la Administración y aguardando a que el Ayuntamiento de Getxo tomara alguna medida.”

Web del Ayuntamiento de Barcelona:

“El Ayuntamiento de Barcelona, a través de la Oficina de Información al Consumidor (OMIC), ha puesto marcha un servicio específico de información a los afectados por *mobbing* inmobiliario desde el que se canalizan todas las consultas que afecten a temas de mercado inmobiliario y más específicamente el *mobbing* inmobiliario.

“Jordi Portabella, segundo teniente de alcalde y responsable de comercio y consumo del Ayuntamiento, considera que ‘esta nueva oficina da respuesta a una problemática que va más allá de las competencias de la Administración local, que afecta a muchos organismos y que es una práctica tan antigua como en su momento fue el desalojo de los habitantes del barrio de La Ribera para construir la Ciudadela de 1717’.

“[...] De los datos recibidos hasta el momento se desprende que los problemas más estrechamente vinculados al *mobbing* hacen referencia a fincas en las que no hay ningún mantenimiento, negativa de la propiedad a hacer obras o a autorizarlas, ascensores que no funcionan o que no se quieren instalar, negativa a cobrar recibos de la renta, ruidos, malos olores, suciedad, notificaciones con

amenazas, intentos de vender el piso a precios desorbitados, aumentos claramente abusivos, etcétera.”

Ante las denuncias recibidas, la acción del Ayuntamiento de Barcelona, de acuerdo con lo que informa en su web, es la siguiente:

“Las competencias del OMIC se limitan a la información y recogida de la reclamación. La tramitación de la misma consiste en una mediación con la otra parte o en el envío al organismo competente cuando hay una infracción administrativa. Todo lo que hace referencia a las consultas en materia de vivienda han sido derivadas al Servicio de Orientación Jurídica, organismo dependiente del Colegio de Abogados.”

Dos muestras, en fin, de lo que está pasando, las cuales, evidentemente no cierran todo el marco en el que se puede mover el mencionado *mobbing*.

Ahora bien, de entrada, lo que sí muestran es que la reacción ante dichas actuaciones se puede producir desde ángulos muy diferentes, tales como los de Derecho penal o desde el campo obligacional o desde la acción administrativa.

1.1. La acción desde el Derecho penal

El caso de Getxo es un ejemplo. El juez desaloja la vivienda que había sido arrendada, dado que en el inmueble se cometen unos delitos de forma persistente y flagrante, destrozos e inundaciones. El auto que dicta el juez, que ordena el desalojo, mientras se instruyen las actuaciones derivadas de la denuncia presentada, por lo tanto, va dirigido a evitar nuevos delitos.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sitúa dentro de la tipificación del delito de coacciones actuaciones como:

–Abrir zanjas en torno a un edificio en construcción, para paralizar las obras –STS 23.01.81.

–Cambiar las cerraduras de una puerta de acceso a una vivienda que ocupaba el perjudicado –STS de 26.02 y 25.06.92.

–Cortar el suministro de agua o el de electricidad –STS 18.10.90.

Más aún, el artículo 620 del CP tipifica como faltas cualquiera actuación que cause a otro una amenaza o coacción leve.

Retornando a la web del Ayuntamiento de Barcelona, cabe plantearse si actuaciones como provocar malos olores, suciedad o notificaciones con amenazas, por ejemplo, no se podrían tipificar dentro de uno de los supuestos que configuran uno de los mencionados delitos o faltas.

En definitiva, cabe pensar que toda actuación u omisión voluntaria dirigida a producir un daño o una amenaza de un daño a tercero –se debería analizar caso por caso–, tendría la posibilidad de enfocarse desde las anteriores perspectivas.

1.2. La acción desde el Derecho civil

Desde otra vertiente, podría plantearse la cuestión desde el Derecho obligacional. Cualquiera relación jurídica inmobiliaria entre dos personas derivada de un contrato comporta un conjunto de obligaciones para cada una de ambas partes.

De esta forma, el incumplimiento voluntario y reiterado por una de las partes dirigida a forzar la voluntad de la otra, podría suponer, igualmente, un caso de asedio inmobiliario. En este caso, cualquier acción dirigida a exigir el cumplimiento del contrato, para evitar aquel *mobbing*, se debería plantear a la jurisdicción civil.

1.3. La acción desde el Derecho administrativo local

Otra cosa sería si la obligación que se incumple está derivada de un precepto de Derecho administrativo, lo cual comporta que fue impuesta en función del interés público.

En este caso, el asedio inmobiliario se puede presentar sobre la base de que el propietario no de cumplimiento a aquellas obligaciones derivadas del Derecho administrativo con la misma finalidad de forzar la voluntad de un tercero en un sentido que pueda ser favorable al que ha incumplido la norma.

En este caso, será la Administración pública la que deberá intervenir para restablecer la realidad física alterada por el incumplimiento del obligado.

Esta intervención será el objeto del análisis de esta ponencia, si bien irá referida a un supuesto concreto, que es el del incumplimiento de los deberes de conservación de los edificios por parte de sus propietarios.

2. La dejación de obligaciones de los propietarios

El derecho de la propiedad urbana está configurado en el ordenamiento jurídico como un derecho estatutario, lo cual comporta que el contenido del derecho de la propiedad viene definido por un conjunto de facultades y deberes, de los que sus titulares pueden gozar o deben dar cumplimiento. Dado el carácter estatutario del mencionado contenido, éste no queda definido de manera definitiva. Al contrario, la ley puede aumentar y disminuir aquellas facultades y deberes en función de las necesidades sociales de cada momento.

En esta línea, una STS de 1 de julio de 2002, Aranzadi 5947, decía:

“La policía administrativa sobre las edificaciones no se limita a las licencias urbanísticas necesarias para alzarlas y ocuparlas, sino que se prorroga en el tiempo, tras la conclusión de las obras al amparo de una licencia no caducada y conforme a la ordenación urbanística, mediante la exigencia de los deberes de conservación adecuada de los edificios, que acompañan como deber

a las facultades de su uso y disfrute que comprende el derecho de propiedad, conforme al artículo 348 del CC (STS 6.11.00; 5.12.97, i 12.09.97).”

Este deber de conservación que ponía de relieve la mencionada sentencia ha sido recogido por el ordenamiento jurídico desde la Ley del suelo de 1956. El mismo deber figuraba en el Texto refundido de 1976; al Texto refundido aprobado por el DL 1/1990, de refundición del ordenamiento urbanístico de Cataluña, y en los artículos 245 y 246 del Texto refundido 1/1992, los cual en parte continúan siendo vigentes con rango de norma básica.

Igualmente, el mismo deber de conservación aparece recogido en el artículo 30 de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda de Cataluña, cuando señala que:

“1. Los propietarios y los usuarios de las viviendas están obligados a utilizarlas y conservarlas de acuerdo con su destino. En todo caso con las condiciones de habitabilidad, sin incidir negativamente en el de las viviendas de su entorno, y con respeto de las instrucciones contenidas en el edificio, si éste es preceptivo.

“2. Los propietarios deben velar por la conservación de las condiciones de seguridad de sus viviendas.

“[...]

“4. La Administración debe velar, en la forma que sea establecida por reglamento, por el cumplimiento de estos deberes. El incumplimiento da lugar a las órdenes de ejecución necesarias para la corrección de las deficiencias existentes, con aplicación de las medidas coercitivas y de ejecución subsidiaria establecidas por la ley.

Finalmente, siguiendo la misma línea legislativa, el artículo 189 de la Ley 2/2002 dispone:

“1. Los propietarios de todo tipo de terrenos, *construcciones* e instalaciones deben cumplir los deberes de uso, *conservación* y rehabilitación establecidos por esta ley, por la legislación aplicable en materia de régimen de suelo y por la legislación sectorial. *Están incluidas en estos deberes la conservación y la rehabilitación de las condiciones objetivas de habitabilidad de las viviendas.*”

Así, de entrada, el artículo 189 establece la obligación general de los propietarios de conservar los terrenos y edificaciones. Por lo tanto, siempre que por parte de la propiedad se produzca un dejamiento de aquella obligación, por el motivo que sea, la Administración viene obligada, a la vez, a exigir el cumplimiento de aquel deber.

Ahora bien, una vez establecida la obligación de conservar los edificios y los terrenos, la cuestión subsiguiente es la de delimitar el propio contenido del deber de conservación.

En este sentido, tiene una especial relevancia el artículo 3 de la Ley de ordenación de la edificación –norma igualmente básica y de aplicación a todas las comunidades autónomas–, el cual, desde la legislación sectorial, da un primero contenido a aquel deber. Dice así:

“1. Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, *los edificios* deberán proyectarse, construirse, *mantenerse* y *conservarse* de tal forma que satisfagan los requisitos básicos siguientes: [...]”

Los mencionados requisitos son relativos a la funcionalidad, a la seguridad y a la habitabilidad, que los edificios deben conservar a lo largo de toda su vida.

De estos requisitos, por el tema que ahora se trata, son, a la vez, de especial interés les apartados b).1 y c).1, que, concretamente, dicen:

“b).1 Seguridad estructural, de tal forma que no se produzcan en el edificio, o partes del mismo, daños que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

“c).1 Higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos.”

De esta forma, el artículo 3 pasa a dar contenido a la obligación de conservar que, con carácter genérico, había estado impuesta por el artículo 189 de la Ley 2/2002.

Por otra parte, es de interés también el apartado 2 del referido artículo 3, cuando dice:

“El Código técnico de la edificación es el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones, de forma que permite el cumplimiento de los anteriores requisitos básicos.

“Las normas básicas de la edificación y las demás reglamentaciones técnicas de obligado cumplimiento constituyen, a partir de la entrada en vigor de esta ley, la reglamentación técnica hasta que se apruebe el Código técnico de la edificación, conforme a lo previsto en la disposición final segunda de esta ley.”

La disposición final segunda ordenaba al Gobierno del Estado aprobar el referido código en el plazo de dos meses, lo cual no se ha cumplido. Precisamente, una de las críticas que se han producido estos días, a raíz del incendio del edificio Windsor de Madrid, es la falta de este código, lo cual continúa permitiendo la construcción de edificios sin las medidas de seguridad exigibles de conformidad con el tiempo actual.

Ahora bien, mientras no se apruebe el código, los parámetros a tomar en consideración son las normas técnicas de la construcción, las cuales deben ser observadas, tanto en la proyección de los edificios, como en el caso de conservación y mantenimiento. De esta forma, estas normas técnicas pasan a tener una relevan-

cia importante en el momento de dar contenido al deber de los propietarios de conservación y mantenimiento de los edificios, a las que se deben referir tanto los operadores que las lleven a cabo, como los ayuntamientos que deben asegurar, como después se analizará, el cumplimiento de los mencionados deberes.

Por otra parte, el artículo 189.1, última parte, determina que “están incluidas en estos deberes la conservación y la rehabilitación de las condiciones objetivas de habitabilidad de las viviendas”. Así, mediante este párrafo, se transporta a la LUC, la misma Ley de la vivienda, LV, tanto en lo que hace referencia al deber de conservación, como en el mantenimiento de las condiciones de habitabilidad de las mismas viviendas. De esta forma, el deber derivado de la condición estatutaria del derecho de la propiedad queda extendido a la realización de todas las obras dirigidas a conservar las mencionadas condiciones mínimas.

En conclusión, el contenido del deber de conservación debería comprender:

–En cuanto a los terrenos, las normas de uso o de seguridad derivadas de la misma LUC, así como de las condiciones intrínsecas de los terrenos.

–En cuanto a los edificios en general, las condiciones establecidas en el artículo 3 de la LE, en especial en lo relativo a los apartados b).1 y c).1, moduladas por normas básicas de la construcción y otras reglamentaciones técnicas.

–En cuanto a las viviendas, las instrucciones de mantenimiento de las diversas partes de la edificación, así como las condiciones objetivas de habitabilidad de la LV.

No obstante, con respecto al contenido del deber de conservación, hay que hacer las siguientes observaciones:

1.ª. No se puede olvidar que esencialmente la LE y la LV están pensadas para las nuevas construcciones y la conservación de los edificios que se hayan construido de conformidad con las mencionadas leyes.

Ahora bien, el mandato del artículo 189.1 de la LUC hace referencia a todas las construcciones, es decir tanto a las efectuadas de conformidad con la LE y LV, como las anteriores. Y dice más el mencionado artículo 189.1, cuando ordena que la conservación se debe hacer de conformidad con la legislación de régimen del suelo y con la legislación sectorial.

En cualquiera caso, cabe pensar que la conservación y mantenimiento deben ir referidas a un edificio que se construyó, en su momento, de acuerdo con las normas vigentes. Así, la aplicación del artículo 189 se debería flexibilizar en función de las normas mencionadas, a no ser que de una forma específica se haya establecido *a posteriori* la adaptación del edificio a un determinado precepto.

Sobre la anterior base, si la construcción se produjo con posterioridad a la aprobación de la norma básica de

la construcción y otras reglamentaciones técnicas de obligado cumplimiento, la conservación y mantenimiento se deberían ajustar del todo a dichas normas. Si hubiesen sido realizadas con anterioridad, la aplicación de aquellas normas se debería ajustar a las condiciones constructivas del mismo edificio, y dar cumplimiento, en todo caso, a los requisitos relativos a la habitabilidad, ya que constituyen uno de los elementos básicos para que el mismo edificio pueda ser objeto de arrendamiento.

Esta exigencia, moderada por la estructura del edificio, ha sido objeto de consideración por la STS 23.2.99, Aranzadi 1484, cuando dice:

“La finalidad de estas obras no puede ser otra que la de mantener la finca urbana en condiciones normales de servir de habitabilidad a sus moradores presentes o futuros, reales o potenciales, *dentro del tracto temporal normal de la vida de ese edificio, y mientras está en esas condiciones mínimas de normal supervivencia* [...].”

2.ª. Por otra parte, no puede olvidarse la íntima relación que existe entre este artículo 189 y el artículo 190 de la LUC, cuando este último regula la declaración del estado ruinoso de los edificios. Uno de los conceptos clásicos de ruina es la de la ruina económica, la cual está directamente relacionada con el estado de conservación de los edificios.

Pues bien, el artículo 190.2.b) de la LUC configura dentro del concepto de conservación todas las obras necesarias “para cumplir las condiciones mínimas de habitabilidad, en el caso de viviendas u otros similares para otros usos”.

Este precepto puede plantear la duda de si dentro del concepto de “conservación”, únicamente, se pueden situar las obras necesarias para que el edificio mantenga aquellas condiciones mínimas de habitabilidad. Incluso se podría llegar a plantear la cuestión de si porque se dé el supuesto de ruina económica solamente se pueden computar aquellas obras necesarias por mantener “las condiciones mínimas de habitabilidad”.

No parece lógico que dentro del concepto de obras de “conservación” y “mantenimiento” no puedan incluirse las obras necesarias para dotar de seguridad estructural el edificio, dado que, sin ningún tipo de duda, la seguridad es el elemento básico de la habitabilidad. Esta interpretación es la que estaría en línea con el artículo 389 del CC y el artículo 3 de la LE.

3.ª. El deber de conservación y mantenimiento que asumen los propietarios tiene un límite, que viene determinado por la situación legal de ruina. Si el edificio queda incluido en uno de los supuestos previstos en el artículo 190.2 de la LUC, lo que procede es tramitar un procedimiento de declaración de ruina y estar a sus consecuencias –demolición o rehabilitación–, y no la exigencia de realizar obras de conservación.

Esta es la doctrina del Tribunal Supremo en este punto.

Así, en STS de 5.12.01, Aranzadi 511, decía que:

“[...] la situación de ruina de un edificio puede apreciarse (*como límite al deber de conservación de los propietarios*) no sólo cuando ha sido administrativa o judicialmente declarada, sino también cuando se pone de manifiesto en el recurso contencioso-administrativo en que se impugna una orden de ejecución de obras de conservación, como así lo tiene declarado este Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de febrero de 1997, según la cual la incompatibilidad entre el estado ruinoso de un edificio y las órdenes de ejecución de obras en el mismo no solamente es aplicable al supuesto que el aludido estado de ruina se encuentre prejuzgado administrativa y jurisdiccionalmente, sino también al de que el mismo se acredite suficientemente en el procedimiento administrativo o proceso judicial seguidos para impugnar la legalidad de dichas órdenes, *sin que quepa por tanto imponer al propietario que se opone a ellas la obtención previa de una declaración formal de ruina* ya que, en todo caso, el pronunciamiento de ésta también constituye un deber municipal actuable incluso de oficio.”

Es más, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene manifestando que una vez iniciado el expediente de ruina, es improcedente declarar la obligación del propietario de realizar obras de conservación. Así, en la STS de 23 de febrero de 1999, Aranzadi 1484, decía:

“Esta sala tiene reiteradamente declarado, al hilo de lo acabado de exponer, entre otras, de 16 de abril 1983, 12 de febrero y 22 de abril de 1988, 4 de abril de 1989 y 4 de abril de 1991) que durante la sustanciación del expediente de ruina y consecuente proceso, la Administración sólo puede ordenar la realización de obras imprescindibles para evitar los peligros en personas y bienes, ya que la declaración de ruina es en absoluto incompatible con la imposición de obras que no sean estrictamente necesarias para evitar la caída de la construcción o de sus elementos [...].”

Ahora bien, podría ocurrir que el edificio ruinoso estuviese calificado como protegido. En este caso, la Administración del patrimonio histórico-artístico es la competente para autorizar su demolición. Si la denegase, los costes de la reparación, por tratarse de obras de interés general, deberían ser asumidas por la Administración que hubiese declarado su protección.

En este sentido lo ordena el artículo 246.2 del DL 1/1992, cuando señala que:

“Las obras se ejecutarán a costa de los propietarios si se mantuvieren en el límite del deber de conservación que les corresponde, *y con cargo a fondos de la entidad que lo ordene cuando lo rebasare para obtener mejoras de interés general.*”

Norma, a la vez, recogida en el artículo 189.2 de la LUC, cuando dice:

“Los propietarios o la Administración deben sufragar el coste derivado de los deberes a los que se refiere el

apartado 1, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y teniendo en cuenta el aumento sobre el límite de los deberes de los propietarios cuando se trate de obtener mejoras de interés general.”

Dentro de este mismo contexto, cabe recordar lo que dispone el artículo 190.4 de la LUC, cuando, regulando el procedimiento de declaración de ruina, determina que:

“En el caso de una declaración de ruina legal que afecte a un edificio catalogado, objeto de un procedimiento de catalogación o declarado bien cultural, corresponde a la Administración competente la determinación de los efectos de la declaración de ruina, *sin perjuicio de la obligación de los propietarios de adoptar las medidas urgentes e imprescindibles para mantenerlo en condiciones de seguridad.*”

Pues bien, los costes de estas medidas urgentes e imprescindibles, dado que los propietarios las realizan con la finalidad de proteger un interés general, serán también objeto de indemnización, de conformidad con lo que dispone el artículo 189.2 de la LUC.

4.ª. Con respecto al deber de conservación son irrelevantes las razones económicas que pueda aducir el propietario para justificar el incumplimiento. La falta de medios económicos del obligado no justifica la no-ejecución de las obras necesarias para mantener el edificio en buen estado.

En este sentido, la STS de 23.07.98, Aranzadi 4559, señalaba que:

“[...] dentro del marco legal que regula la propiedad, el propietario del inmueble tiene el deber social y jurídico de mantenerlo en perfecto estado de uso y de ‘imagen urbanística’, y por ello la Administración, en este caso la local, recibe del ordenamiento jurídico potestades habilitantes para ordenar la realización de obras cuando el propietario incumpla su obligación. *Todo ello independientemente de la rentabilidad del bien raíz, que además no debe de medirse sólo con los frutos civiles que produce –rentas–, sino también por la revalorización del mismo por el mero transcurso del tiempo y por la actividad de la comunidad que se plasma en el urbanismo [...].*”

En igual sentido, la STS de 9 de febrero de 1998, Aranzadi 1531.

5.ª. Finalmente, la falta de ejecución de las obras de conservación puede dar lugar al hecho de que el edificio entre en una situación de ruina. En este caso, la conducta negligente de la propiedad no justifica la no-declaración de aquel estado, dado que la ruina es una situación de hecho en la que se puede encontrar un edificio, con independencia de los motivos que la han originado.

Si se produce este caso, todos los contratos de arrendamiento se extinguirían y el *mobbing* inmobiliario se habría consumado.

3. El mandato de ejecución como reacción ante el incumplimiento de los deberes de conservación por parte de los propietarios

Cabe acudir al artículo 189.3 de la LUC, cuando señala: “Los ayuntamientos deben ordenar de oficio o a instancia de cualquier persona interesada la ejecución de las obras necesarias para conservar las condiciones a que se refiere el apartado 1. Las órdenes de ejecución se deben ajustar a la normativa de régimen local con observancia siempre del principio de proporcionalidad administrativa y previa audiencia de las personas interesadas.”

De esta forma, la anilla se va cerrando, ante un supuesto de asedio. Así:

–En el caso de falta de conservación y mantenimiento, hay que acordar la obligación que todo propietario tiene de conservar las fincas dentro de los límites antes señalados.

–En caso de incumplimiento de la mencionada obligación, la Administración puede dictar o debe dictar órdenes de ejecución, para que se lleve a cabo la mencionada conservación y mantenimiento.

Así, la vía administrativa, en el aspecto considerado, pasa a ser uno de los caminos más aptos para superar aquel asedio.

Ahora bien, para dictar las mencionadas órdenes de ejecución, hay que tomar en consideración lo siguiente.

3.1. La Administración competente para dictarlas

Normalmente es la Administración local, concretamente los ayuntamientos. El órgano específico para dictarlas es el alcalde –artículo 99 del ROAS.

También, la Administración autonómica puede dictar órdenes de ejecución de conformidad con el artículo 30 de la LV, si bien únicamente referidas a las viviendas.

Estas actuaciones pueden iniciarse de oficio o a instancia de parte. En este punto, hay que recordar como unas de las personas legitimadas para solicitar la adopción de las mencionadas medidas a los arrendatarios. Esta iniciación del expediente, a petición de los arrendatarios, es el camino que da la ley para salir al paso del *mobbing* inmobiliario.

3.2. Las personas obligadas a cumplimentarlas

a) La persona obligada normalmente a dar cumplimiento a la orden de ejecución será el propietario, el cual debe realizar las obras a su cargo –artículo 189.2 de la LUC–, excepto que la orden de ejecución se exceda del deber de conservación.

En el caso de que la finca corresponda a una comunidad de propietarios, la orden de ejecución se debe dirigir al presidente de la comunidad, sin perjuicio de la

subsiguiente notificación al resto de los copropietarios para evitar la indefensión –STS de 24 de febrero de 2003, Aranzadi 6089.

b) También las órdenes de ejecución pueden ir dirigidas a los usuarios de las viviendas, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 30 de la LV, cuando los usuarios no los utilicen o conserven de acuerdo con su destino. Un ejemplo de este caso podría ser el supuesto de Erandio al principio referido. Ahora bien, en estos supuestos la orden de ejecución sería necesario que fuese dictada por la Generalidad.

3.3. El contenido de la orden de ejecución

El artículo 99.2 del ROAS señala que:

“La orden debe ser clara, formalizada por escrito y motivada. Solamente puede adoptarse la forma verbal cuando se fundamente en una situación de urgencia o de necesidad que no admita demora.”

De esta forma, las órdenes de ejecución deben reunir los siguientes requisitos:

a) *Deben ser concretas*, sin que sea posible dictar órdenes de contenido genérico.

En este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante. Así, la STS de 3 de marzo de 1998, Aranzadi 1883, decía:

“[...] que para cumplir una orden de hacer, a efectos que al no ser cumplida, se legitime su ejecución substitutoria por la Administración local, es necesario que previamente a tal ejecución municipal *sean concretadas y pormenorizadas cada una de las obras a realizar, de modo que el obligado a hacerlas tenga tiempo y oportunidad para efectuarlas, porque nunca puede exigirse a los administrados un facere cuyo contenido material no conozca.*”

En esta línea se pronuncia, igualmente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual, en la Sentencia de 21 de mayo de 2004, manifestaba que:

“Para la validez y eficacia de la misma debe especificar cuales sean las concretas actuaciones a practicar con la descripción lo más detallada posible, así como su previsible valoración para el caso de su ejecución subsidiaria.

“[...]”

“Pues bien, debe darse la razón a la parte apelante en cuanto a la arbitrariedad de la fijación de tal número (15 pinos) sin especificar cuales sean, sobre todo porque asegura que en su finca hay muchos más [...]”.

b) *Deben estar ajustadas al principio de proporcionalidad y deben ser motivadas*. Este requisito de proporcionalidad viene impuesto por el artículo 189.2 de la LUC.

Esta imposición comporta que hay que expresar las causas que originan la orden y los objetivos que se quieren conseguir, para poder verificar la proporcionalidad entre el mandato de ejecución y las mencionadas causas.

Retornando a la STSJC de 21 de mayo de 2004, se con-

sidera que se ha producido una desproporcionalidad, a partir del momento en que en el expediente solamente se ha verificado el peligro de caída de tres pinos y la orden de ejecución hace referencia a quince sin identificar en una finca donde hay treinta de pinos. La pretendida motivación de la mencionada orden está en un informe técnico en el que se manifiesta que los referidos pinos son de la especie *Pinos alepensis* o *pino blanco*, el cual está carente de raíces profundas y su rápido crecimiento los coloca en una situación de peligrosidad.

Ahora bien, este razonamiento no es aceptado por la sentencia, que afirma que:

“Por otro lado, es cierto que la peligrosidad de los pinos de su jardín debe estar comprobada, no siendo suficiente para ordenar su tala el que pertenezcan a una especie concreta, pues si fuera así, las administraciones competentes deberían proceder a ordenar la tala de todos los pinos de dicha especie que existiesen en su territorio, y el acto recurrido no tiene tal alcance.”

Constituiría, también, una infracción del principio de proporcionalidad el otorgar un plazo de ejecución de la orden insuficiente. El plazo debe ser el adecuado para poder ejecutar racionalmente las obras.

c) *Deben ir acompañadas de un presupuesto del importe de las obras ordenadas*, con lo objeto de que, en el supuesto de una ejecución subsidiaria, el obligado conozca el alcance que puede representar la mencionada ejecución.

También, en este aspecto, es reiterada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Así, en la STS de 23 de septiembre de 2002, Aranzadi 8562, se decía que la ejecución subsidiaria debía ir precedida de la notificación de la orden y que:

“[...] se concreten y valoren en lo posible las obras a ejecutar, doctrina que corresponde efectivamente a la mantenida repetidamente por esta sala (sentencias de 29 de septiembre y 3 de marzo de 1998, y 22 de julio y 21 de junio de 1997).”

3.4. El procedimiento a seguir para dictar una orden de ejecución: audiencia al interesado

El procedimiento viene determinado por el artículo 98 y siguientes del ROAS.

El Tribunal Supremo pone de relieve la necesidad de la existencia de un expediente administrativo. Así, en la STS de 26 de febrero de 2001, Aranzadi 2802, decía:

“Estas potestades deben de ejercerse previa instrucción de un expediente que se tramite con las debidas garantías; se debe comprobar en el mismo la necesidad de las obras, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y *favor libertatis* y debe requerir formalmente al interesado su realización, detallando y concretando adecuadamente cuáles son las obras a realizar.”

Como la norma procedimental más relevante de las

previstas está la de la audiencia al interesado. Trámite recogido tanto en el artículo 189.3 de la LUC, como en el artículo 99.2 del ROAS.

Ahora bien, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, la falta de este trámite puede comportar una cuestión de anulabilidad de la orden si ha producido un caso de indefensión, nunca un supuesto de nulidad.

Así, la STS de 13 de noviembre de 2001, Aranzadi 8832, señalaba que:

“La jurisprudencia de esta sala viene declarando repetidamente que la falta de audiencia del interesado no determina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo, sino su anulabilidad, según lo previsto en el artículo 63.2 de la LPAC, lo que requiere que aquél haya sufrido indefensión, esto es, que acredite que la falta de audiencia le ha impedido ejercitar algún medio de defensa que hubiera podido utilizar antes (sentencias de 16 de enero de 2002, 28 de septiembre de 1995, 25 de abril de 1994 y 19 de enero de 1991, entre otras). Según la sentencia de esta sala de 21 de enero de 1985, las consecuencias del incumplimiento del trámite de audiencia del interesado está en función del cometido reservado a la misma, que no es otro que el de servir de defensa a los derechos e intereses de los administrados, no pudiendo en principio entenderse que su omisión acarree automáticamente la nulidad de la resolución adoptada si no se ha producido indefensión para los interesados a que la misma afecta, dado que *no es un rito formal y solemne de rigurosa observancia, sino un trámite instrumental tendente a posibilitar a los afectados por cualquier expediente administrativo la introducción en el mismo de cuantos elementos estimaren pertinentes para su más adecuada resolución y defensa de sus derechos.*”

3.5. El incumplimiento de la orden de ejecución

El régimen anterior a la Ley 2/2002 establecía como único medio de actuación, ante el incumplimiento de la orden de ejecución, la ejecución subsidiaria. El artículo 189.4 y 5 amplía este medio, señalando que:

“4. El incumplimiento injustificado de las órdenes de ejecución a las que hace referencia el apartado 3 habilita a la Administración a adoptar cualquiera de las medidas de ejecución forzosa siguientes:

“a) La ejecución subsidiaria a cargo de la persona obligada.

“b) La imposición de multas coercitivas de acuerdo con lo que establece el artículo 217.2, que se puede reiterar hasta que se cumpla la obligación de conservación.

“5. El incumplimiento de la orden de ejecución a la que hace referencia el apartado 3 habilita a la Administración, asimismo, a incluir la finca en el Registro Municipal de Solares sin Edificar, a los efectos

de lo que establece el artículo 171 y los artículos concordados.”

Cabe hacer una concisa referencia a cada uno de los anteriores medios.

A) La ejecución subsidiaria

El procedimiento a seguir es el establecido en el artículo 98 de la Ley 30/1992.

En síntesis, este procedimiento viene caracterizado por los siguientes momentos:

a) Resolución por la que se declara el incumplimiento de la orden de ejecución con la correspondiente notificación al interesado. En este momento, se puede requerir el ingreso provisional del presupuesto establecido a su día como importe de la ejecución de la correspondiente orden.

Las obras que podrá ejecutar subsidiariamente la Administración son las previstas en la orden de ejecución, sin que se puedan extender a otras no previstas inicialmente. En el caso de que exista la necesidad de realizar obras adicionales, éstas pueden efectuarse, previa notificación y cuantificación a los interesados –STS 28.09.98, Aranzadi 6952.

b) Liquidación de la ejecución subsidiaria.

Debe comprender únicamente las obras a las que iba referida la orden que se dictó, y las adicionales que haya sido necesario hacer.

En todo caso, la liquidación definitiva debe ir referida al importe de las obras realmente efectuadas –STS 24.04.98, Aranzadi 3103.

c) Percepción de la liquidación, utilizando, si es el caso, la vía ejecutiva.

B) La imposición de multas coercitivas

Estas multas se deben ajustar al dispuesto al artículo 217 de la LUC. También es necesario que se tome en consideración el artículo 99 de la Ley 30/1992.

C) La inscripción de la finca en el Registro Municipal de Solares sin Edificar

El encaje de este supuesto parece que puede ser en el supuesto previsto en el artículo 171.2.c) de la LUC, es decir, la inscripción para promover después la alienación forzosa de la finca por subasta pública.

Ahora bien, este medio, como forma para combatir el *mobbing* inmobiliario, no parece la más correcta, dado que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley del suelo, de aplicación supletoria en el presente caso, la alienación forzosa de la finca incluida en el mencionado registro comporta la extinción de los contratos de arrendamiento, si bien el propietario deberá satisfacer una indemnización a los arrendatarios por su valor real, calculado siguiendo el procedimiento establecido por la LEF. ■

Nuevas tendencias sobre la inactividad administrativa en la aplicación de las sanciones ambientales*

Àlex Peñalver i Cabré

*Letrado y profesor asociado de Derecho
Administrativo de la Universidad de Barcelona*

1. Importancia de las sanciones administrativas ambientales para la protección del medio ambiente.
2. Las sanciones administrativas ambientales como uno de los principales ámbitos donde se manifiesta el elevado incumplimiento de la legislación ambiental y la inactividad administrativa.
3. La necesaria adaptación del Derecho administrativo sancionador por establecer mecanismos que garanticen su aplicación ante la inactividad administrativa: el reconocimiento de la posición jurídica de los ciudadanos y de los grupos para la defensa de los intereses colectivos ambientales en el procedimiento administrativo y en el contencioso-administrativo sancionador ambiental.
4. Un importante elemento de reflexión de Derecho comparado: las citizen suits del Derecho norteamericano como uno de los principales mecanismos de los ciudadanos para la aplicación de la legislación ambiental (en especial, de las sanciones administrativas) ante la inactividad administrativa.
5. Nuevos planteamientos de la posición jurídica de los ciudadanos y grupos en el procedimiento administrativo y en el contencioso-administrativo para garantizar la aplicación de las sanciones administrativas ante la inactividad administrativa.
 - 5.1. Ampliación de la legitimación más allá del presunto infractor.
 - 5.2. La reformulación de la calificación de oficio del procedimiento administrativo sancionador.
 - 5.3. La necesidad de ampliar las pretensiones.
 - 5.3.1. Mayor contenido de las pretensiones constitutivas y de condena en el contencioso-administrativo sancionador para la tutela de los intereses colectivos ambientales.
 - 5.3.2. Modalidades de control jurisdiccional de la inactividad administrativa sancionadora: la dualidad recurso contra actas o directamente contra la inactividad administrativa.
 - 5.3.3. La configuración reglada o discrecional de la potestad administrativa sancionadora.
 - 5.3.4. Límites constitucionales a la atribución de potestades administrativas sancionadoras discrecionales.
 - 5.4. Otras consideraciones de interés: la prescripción de las infracciones (y de las sanciones), la caducidad del procedimiento (la perención), la importancia de un sistema de control administrativo de las actividades contaminantes y del derecho de acceso a la información sobre medio ambiente (en especial la que se deriva de los controles e inspecciones administrativas y del procedimiento administrativo sancionador).

*Texto de la conferencia impartida en la sesión de 11 de febrero de 2005 del Seminario de Derecho Local promovido por la Federación de Municipios de Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona, la Diputación de Barcelona, la Escuela

de Administración Pública de Cataluña y el Área Metropolitana de Barcelona-Mancomunidad de Municipios.

1. Importancia de las sanciones administrativas ambientales para la protección del medio ambiente

Las sanciones administrativas están situadas en un papel secundario en el Derecho ambiental, ya que se consideran unos instrumentos administrativos ambientales represivos y unilaterales, cuando en materia ambiental los instrumentos preventivos y colaboradores tienen un papel prevalente.

Ahora bien, esta distinción entre instrumentos represivos y preventivos se debe relativizar, ya que desde una perspectiva de política represiva la finalidad última de la potestad sancionadora administrativa no es tanto la represión, sino la *prevención de la comisión de ilícitos administrativos*. El objetivo no es imponer el número de sanciones más grande posible, sino consolidar una potestad administrativa sancionadora eficaz y fuerte, con bastante capacidad amenazadora contra los que pretendan infringir las leyes ambientales. Tal como dice Nieto, “el objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo es activo y honesto”. En este sentido, también podríamos manifestar que incluso en el ámbito del Derecho penal la pena no se caracteriza por la retribución, sino por la prevención general o especial, tal como exige el artículo 25.2 de la CE. Evidentemente, esta vertiente preventiva de las sanciones administrativas cobra especial relevancia en la protección del medio ambiente para evitar que se cometan futuras infracciones.

Sin embargo, además, este efecto preventivo también es extensible a los posibles daños al medio ambiente que se pudiesen derivar de la realización de actividades tipificadas como infracciones. Como se ha dicho, las sanciones administrativas tienen una eficacia preventiva porque *evitan la realización de daños ambientales*, lo cual es preferible a la reparación posterior. Con más precisión, Nieto ha afirmado que el Derecho administrativo sancionador tiene una finalidad preventiva consistente no tanto en evitar daños, sino en *evitar la posibilidad que los daños se produzcan*. De ahí que el Derecho administrativo sancionador sea un Derecho de riesgo (de peligro abstracto) por el mero incumplimiento o desobediencia, mientras que el Derecho penal es un Derecho de peligro concreto o de resultado. También el régimen sancionador deviene una *garantía por las medidas estrictamente preventivas* y de precaución, cuyo incumplimiento puede ser tipificado como infracción administrativa.

No debemos olvidar que el Derecho administrativo sancionador tiene por objeto la protección de los *intereses o bienes colectivos*, generales y públicos (entre los que está el medio ambiente), y no tanto los individuales. Precisamente, la mencionada finalidad preven-

tiva del Derecho administrativo sancionador hace que este Derecho se configure como una de las técnicas más importantes para la tutela de los intereses colectivos ambientales, porque, como hemos visto, en estos casos lo más importante es la prevención y no tanto la reparación de los daños ambientales, ya que a menudo son irreparables. En cambio, la tutela de los daños a bienes individuales se basa, más bien, en la institución de la responsabilidad civil para resarcirlos.

También el Tribunal Constitucional ha considerado que las sanciones administrativas son un instrumento esencial para la protección del medio ambiente, porque aseguran el cumplimiento de la legislación ambiental. Así lo entiende la STC 156/1995, de 26 de octubre, cuando reconoce que:

“Como se indica en la STC 149/1991, las normas que tipifican infracciones y establecen sanciones no son sino parte de las normas que enuncian los deberes y obligaciones cuyo incumplimiento se tipifica como falta, por lo que aparecen como complemento necesario de las normas sobre protección del medio ambiente. [...] Es indudable que las sanciones son un instrumento eficaz para garantizar los deberes que, para la protección de los espacios naturales y de su flora y fauna, el legislador puede establecer” (FJ 8).

La importancia de las sanciones administrativas por la tutela de los intereses colectivos ambientales ha sido cada vez más asumida también en el Derecho comunitario, que exige que las normas estatales contengan sanciones en caso de incumplimiento de la legislación ambiental comunitaria y, además, que las sanciones sean efectivas y disuasorias. En este sentido, el artículo 4 de la Decisión 2179/98, de 24 de septiembre, sobre la revisión del Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, “Hacia un desarrollo sostenible”, tiene por objeto garantizar la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental y establece diversos medios como, entre otros, establecer sanciones en caso de incumplimiento [apartado f)]. Posteriores disposiciones sectoriales se han encargado de exigir que estas sanciones sean efectivas y disuasorias (artículo 23 de la Directiva 2000/60, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, y artículo 9 de la Directiva 2000/69, de 16 de noviembre, sobre los valores límites por el benceno y el monóxido de carbono en el aire ambiente). E, incluso, otras disposiciones exigen adicionalmente la obligación específica de los estados de notificar el régimen de sanciones a la Comisión como garantía de que se cumplan las características señaladas de las sanciones (artículo 14 de la Directiva 1999/13, de 11 de marzo, relativa a la limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles por el uso de disolventes orgánicos en determinadas actividades e instalaciones, y artículo 23 de la Directiva

2000/76, de 4 de diciembre, relativa a la incineración de residuos). Vemos, pues, que la más reciente normativa comunitaria está reconociendo las exigencias de autores como Krämer sobre la importancia de las sanciones administrativas (en especial las multas) por su capital función preventiva.

Esta finalidad preventiva de riesgos y daños ambientales inherente a las sanciones administrativas hace que sean uno de los instrumentos jurídico-administrativos capitales para la tutela jurídica de los intereses colectivos ambientales. Evidentemente, no tenemos ni mucho menos una visión exclusivista que apunte que la tutela del medio ambiente se tiene que basar en la actuación administrativa represiva, ni tampoco ignoramos la importancia de las múltiples manifestaciones que adopta la actuación administrativa preventiva en el medio ambiente (autorización, evaluación de impacto ambiental, medidas de fomento, acuerdos, etc.). Sólo pretendemos destacar la importancia preventiva del Derecho administrativo sancionador en un momento en el que se deja en un segundo lugar alegando su sola finalidad represiva.

El medio ambiente es el único campo material donde las sanciones administrativas han sido recogidas expresamente en la CE (artículo 45.3). Algunos autores han manifestado la irrelevancia técnica de esta mención expresa argumentando que fue incluida por la presión del movimiento ecologista y que igualmente la Administración podría ostentar la potestad administrativa sancionadora en este ámbito basándose en el artículo 25.1 de la CE.

Si bien es cierto que el fundamento constitucional de la potestad administrativa sancionadora deriva de manera general en el artículo 25.1 de la CE, el artículo 45.3 de la CE tiene unos efectos muy importantes porque destaca la importancia de las sanciones administrativas para la protección del medio ambiente. Así lo entiende la STC 102/1995, de 26 de junio, al reconocer que “la potestad sancionadora de las administraciones públicas aparece conferida con carácter genérico para cualquier sector, pero también individualizada cuando del medio ambiente se trata (artículo 25.1 y 45.3 de la CE)”, y al destacar este “doble encargo constitucional” (FJ 32).

La configuración constitucional de las sanciones administrativas en el campo ambiental hace que éstas estén vinculadas a la protección del medio ambiente y, en concreto, al artículo 45.2 de la CE (“Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”), al que se remite el artículo 45.3 de la CE para determinar la funcionalidad de las sanciones administrativas.

2. Las sanciones administrativas ambientales como uno de los principales ámbitos donde se manifiesta el elevado incumplimiento de la legislación ambiental y la inactividad administrativa

Actualmente el Derecho ambiental forma un conjunto normativo extenso y desarrollado, pero con unas dosis muy elevadas de *inaplicación*, cuando este aspecto es capital para el cumplimiento del Derecho ambiental. Uno de los autores que ha denunciado más esta grave situación en la que se encuentra el Derecho ambiental y la necesidad urgente de superarla ha sido Lorenzo Martín-Retortillo Baquer. Evidentemente, este importante déficit de aplicación del Derecho ambiental tiene una incidencia negativa en la protección de los intereses colectivos ambientales.

La falta o insuficiente aplicación de la legislación ambiental comunitaria en los estados miembros ha sido destacada por la Unión Europea como uno de los problemas principales del Derecho ambiental que se debe superar. Eso ha hecho que la Decisión 2179/98, de 24 de septiembre, sobre la revisión del Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible “Hacia un desarrollo sostenible” establezca como uno de los objetivos principales garantizar la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental (artículo 4). También la Comunicación de la Comisión de 24 de noviembre de 1999 sobre “El medio ambiente en Europa: Hacia dónde encauzar el futuro - Evaluación global del Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible” ha reconocido “que la aplicación del Derecho comunitario en la materia era con frecuencia insatisfactoria” y que “al considerar cómo debe ser la futura política, no debemos olvidar que el primer paso para mejorar el medio ambiente sobre el terreno consiste al aplicar plenamente las leyes ya adoptadas” (apartado 5.2 sobre aplicación y cumplimiento). Además, no podemos olvidar que el Estado español ocupa normalmente uno de los primeros lugares en el ranking de procedimientos de queja abiertos por la Comisión de las Comunidades Europeas. Precisamente, el artículo 3.2 de la Decisión 1600/2002, de 22 de julio, por la que se aprueba el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en Materia de Medio Ambiente establece la necesidad del “fomento de una aplicación y un incumplimiento más efectivo de la legislación comunitaria en materia de medio ambiente”.

Ahora bien, el olvido de la aplicación de las leyes no es un fenómeno exclusivo de la legislación ambiental, sino que es bastante generalizado, tal como Nieto ya denunciaba en los años setenta al recordar que “lo que caracteriza de veras un sistema normativo no es tanto lo que realmente se aplica como lo que no se aplica: si queremos descubrir el auténtico sentido de nuestro Derecho administrativo, tendremos que analizar la

parte del mismo que duerme en los mausoleos del *Boletín Oficial*, así como las causas de su inaplicación". Posteriormente, este autor ha continuado denunciando más crudamente el alto grado de incumplimiento de las leyes y la consiguiente vulneración del Estado de derecho al captar perfectamente la triste realidad: "En España las normas no se cumplen suficientemente, hasta tal punto que las colecciones del *Boletín Oficial del Estado* no tienen más valor que el de un montón de papel viejo. Los españoles no tienen conciencia de que las leyes han de ser cumplidas y se creen que son entretenimientos con los que los políticos y parlamentarios justifican su existencia."

Las causas de esta inaplicación son diversas, y se han mencionado, principalmente, las siguientes: a) el proceso de elaboración de las leyes a menudo no contiene un estudio serio para garantizar la aplicación y, como se ha dicho, nacen con una "vocación de incumplimiento", y esta ligereza del legislador estatal, autonómico o local hace que a menudo nos encontremos con un auténtico *boom* normativo improvisado; b) la Administración no se preocupa excesivamente por la aplicación de las leyes; c) la falta de información y de participación de los destinatarios tanto en la fase normativa como en la fase de aplicación; d) los problemas de la distribución de competencias y la insuficiencia de medios económicos, y e) la inexistencia de mecanismos jurídicos efectivos para la aplicación del Derecho objetivo ambiental, los cuales están en una fase incipiente.

Uno de los ejemplos más notorios de la inaplicación del Derecho ambiental es el *ejercicio nulo o insuficiente de la potestad sancionadora*, que es una característica general del Derecho administrativo sancionador a la que nos estamos acostumbrando. Tal como decía hace casi diez años Suay Rincón: "Se da, así, pues, una tremenda paradoja. Mientras, por un lado, tenemos una Administración dotada de los más aparatosos poderes represivos, por otro lado, por el lado de la realidad, tenemos que la Administración apenas hace uso de tales poderes. El caso del urbanismo, por poner un ejemplo de todos conocido, es obvio y notorio." También la Comisión Europea ha manifestado la gravedad de que "los estados miembros, ante un caso de incumplimiento, no aplican sanciones disuasorias, efectivas ni proporcionadas".

Esta situación es extremadamente grave si tenemos presente que la falta de uso o el ejercicio insuficiente o incorrecto de la potestad sancionadora comporta toda una serie de efectos negativos, como por ejemplo debilitar la aplicación de la legislación al hacer perder el carácter disuasivo de las sanciones, disminuir la eficacia de la Administración, cuestionar la objetividad e imparcialidad de la actuación administrativa, generar desconfianza a la ciudadanía, crear inseguridad jurídica, etc. Todo eso es contrario a la justicia y al derecho y, de

hecho, atenta contra los principios de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad.

Las causas de la inaplicación del Derecho administrativo sancionador ambiental coinciden bastante con las mencionadas anteriormente sobre la inaplicación de la legislación en general. Así, se han mencionado las siguientes. Primero, la pasividad, tolerancia y complicidad de la Administración. En este sentido, son suficientemente ilustrativas las memorias de la Fiscalía General del Estado y de los tribunales superiores de justicia (en especial, de Cataluña y Madrid). Incluso, se ha hecho eco, entre otros, la STS 7 de noviembre de 1990 (Aranzadi 8750), que critica que "todavía haya poderes públicos que manifiestan una cierta pasividad en la adopción de medidas eficaces en defensa contra las múltiples agresiones al medio ambiente que se dan todos los días y en todas partes". Segundo, el hecho de que la Administración también es infractora muchas veces. Tercero, la deficiente técnica legislativa, en la que podemos encontrar multitud de infracciones previstas en la legislación (comunitaria, estatal, autonómica, local y corporativa), y que imposibilita el conocimiento y hace que cualquier conducta pueda ser constitutiva de una infracción. También se destaca la aprobación de infracciones y sanciones a pesar de saber que resultará imposible técnica y económicamente cumplirlas, o la aprobación de sanciones sin tener presente la capacidad represiva del Estado. Y cuarto, la falta de recursos personales y materiales, pero también la mala organización administrativa.

Ante esta extendida situación de inaplicación del Derecho ambiental (en especial en el ámbito sancionador), se ha destacado que resulta *necesario y urgente buscar mecanismos que garanticen la aplicación de la normativa ambiental*, ya que no debemos olvidar que la aplicación de la normativa ambiental es uno de los aspectos más importantes del Derecho ambiental y de la política ambiental. Eso resulta más necesario en uno de los ámbitos con más dosis de inaplicación como es el Derecho administrativo sancionador ambiental. Precisamente, la importancia del régimen sancionador para hacer efectiva la legislación ambiental se ha manifestado en el Derecho comunitario cuando la jurisprudencia comunitaria ha afirmado que un Estado incumple la directiva comunitaria si la legislación de transposición no incorpora sanciones suficientes (civiles, penales o administrativas) para garantizar el cumplimiento de las normas.

Para superar esta situación se ha planteado formular cambios en la ejecución administrativa de las normas y en la forma de actuación. En el primer caso, se ha propugnado otorgar más libertad a la actuación administrativa (en el contexto del cambio del contenido de la ley) para cambiar el enfoque tradicional sobre el "déficit de ejecución de las leyes" a una perspectiva nueva que

parta de la “ejecución o aplicación selectiva” o la “utilización o empleo estratégico” del Derecho. A la vez, se prevé la participación ciudadana como “contrapeso y reacción frente a los más amplios márgenes de libertad de que goza la Administración en la ejecución y aplicación de la ley”. Y en el segundo caso, se ha manifestado que hay que potenciar formas de actuación administrativa no coactivas (recomendaciones, publicidad, acuerdos, etc.), a pesar de que las coactivas no se deben olvidar (“la prohibición y la sanción, cuyas funciones sigan siendo moduladas”).

Así, por ejemplo, se ha planteado hacer posible el conocimiento y la aceptación previa de las normas por parte de los destinatarios mediante campañas sensibilizadoras antes de comenzar a sancionar directamente. O, especialmente, potenciar el papel de los ciudadanos y de los grupos ecologistas para exigir el cumplimiento del Derecho administrativo sancionador ambiental cuando la Administración permanezca pasiva o inactiva, tal como tratamos en el epígrafe siguiente.

3. La necesaria adaptación del Derecho administrativo sancionador por establecer mecanismos que garanticen su aplicación ante la inactividad administrativa: el reconocimiento de la posición jurídica de los ciudadanos y de los grupos para la defensa de los intereses colectivos ambientales en el procedimiento administrativo y en el contencioso-administrativo sancionador ambiental

Uno de los aspectos que ha ido tomando más fuerza para hacer frente a la situación descrita en el apartado anterior es potenciar el *papel de los ciudadanos* a la hora de asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental. Así, ha sucedido en las nuevas iniciativas del Derecho ambiental comunitario.

La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre la aplicación del Derecho ambiental comunitario de 1996 [COMO (96) 500 final] es bastante clara:

“Si se mejora el acceso a los tribunales a organizaciones no gubernamentales e individuos, la ejecución del Derecho comunitario de medio ambiente registrará una serie de efectos benéficos. En primer lugar, habrá más posibilidades de que, cuando sea necesario, los casos concretos sobre problemas de ejecución de normas comunitarias se resuelvan de acuerdo con los requisitos del Derecho comunitario. En segundo lugar, y quizás más importante, mejorará en la práctica la aplicación y el control del cumplimiento del Derecho comunitario de medio ambiente porque los responsables en potencia tendrán tendencia a cumplir sus requisitos para evitar una acción ante los tribunales que tiene más posibilidades de ocurrir” (pág. 18).

También la Decisión 2179/98, de 24 de septiembre,

sobre la revisión del Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible “Hacia un desarrollo sostenible” establece que tiene por objeto garantizar la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental estableciendo diversos medios como, entre otros, una mayor participación del público en la aplicación y cumplimiento y, si es conveniente, mejorar el acceso a la justicia [artículo 4.e)] y establecer sanciones en caso de incumplimiento [artículo 4.f)]. El artículo 3.9 de la Decisión 1600/2002, de 22 de julio, por la que se aprueba el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en Materia de Medio Ambiente establece que ha que “garantizar el acceso a la información, la participación y la justicia mediante la pronta ratificación del Convenio de Aarhus por parte de la Comunidad y de sus estados miembros”.

Esta última línea de potenciación de los ciudadanos y grupos en la justicia ha sido desarrollada en el documento de trabajo de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea de 11 de abril de 2002 sobre “acceso a la justicia en materia ambiental” (revisado el 22 de julio de 2002), que tiene por objeto establecer los aspectos centrales de la propuesta de directiva sobre acceso a la justicia en materia ambiental e implementar uno de los tres pilares del Convenio de Aarhus. Uno de los aspectos centrales es la necesidad de fortalecer la posición jurídica de los grupos en los procedimientos administrativos y judiciales como uno de los mecanismos principales para garantizar la aplicación del Derecho ambiental dada la debilidad de la aplicación por parte de la Administración y la insuficiencia de la tutela de situaciones jurídicas individuales, que a menudo no resultan directamente beneficiadas por la aplicación del Derecho ambiental a diferencia de otros ámbitos como el de la competencia o mercado interior. Así consta en el capítulo 3 (“*enforcement of environmental law and the benefits of public participation in administrative or judicial proceedings*”) de la parte primera de este estudio, que:

“The lack of enforcement of environmental law is due to the frequent lack of private interest as an enforcement driving force in contrast to other areas of Community law such as the internal market and competition. Enforcement of environmental law therefore mainly rests with public authorities, and is dependent on their responsibility, resources and goodwill. [...] It is therefore important to provide for additional ways of improving enforcement of environmental law.

“In order to secure more effective enforcement of environmental law it is necessary to look more widely than just at individuals directly affected by impairments of law relating to the environment. A possible way of achieving improved application and enforcement of Community environmental law is to ensure that representative groupings seeking to protect the environment

are given legal standing to start administrative or judicial proceedings in environmental matters. Better access to such proceedings in environmental matters for these groupings would have a number of positive effects in relation to the implementation, application and enforcement of environmental law."

También en la materia de responsabilidad ambiental por daños ambientales, se ha destacado la importancia de una mayor participación y acceso de los ciudadanos a la justicia para garantizar la aplicación del Derecho ambiental. Así, el Libro blanco sobre responsabilidad ambiental, presentado por la Comisión el 9 de febrero de 2000, insiste en potenciar el acceso a la justicia por parte de las ONG y ciudadanos remitiéndose a la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre la aplicación del Derecho ambiental comunitario: "Si se mejora el acceso a los tribunales a organizaciones no gubernamentales e individuos, la ejecución del Derecho comunitario de medio ambiente registrará una serie de efectos benéficos. En primer lugar, habrá más posibilidades de que, cuando sea necesario, los casos concretos sobre problemas de ejecución de normas comunitarias se resuelvan de acuerdo con los requisitos del Derecho comunitario. En segundo lugar, y quizás más importante, mejorará en la práctica la aplicación y el control del cumplimiento del Derecho comunitario de medio ambiente porque los responsables en potencia tendrán tendencia a cumplir sus requisitos para evitar una acción ante los tribunales que tienen más probabilidades de ocurrir" (pág. 8).

Los ciudadanos no son indiferentes al incumplimiento de esta legislación, sino que se trata de una cuestión clave para la tutela de sus intereses colectivos ambientales, ya sea desde la consideración como derechos o intereses legítimos colectivos o como intereses públicos mediante la acción popular. Eso plantea dos aspectos clave: la legitimación y las pretensiones de los ciudadanos, que serán examinadas más adelante en el presente capítulo.

Eso resulta más necesario en el ámbito sancionador debido a la precaria posición jurídica en la que se encuentran los ciudadanos, ya que se niega la legitimación para exigir la persecución y la sanción de las infracciones que perjudican no sólo al interés público, sino también a sus intereses ambientales, ya sean individuales o colectivos. A esta conclusión también llegan los autores que defienden una tutela objetiva del Derecho ambiental, como por ejemplo Alonso García, que propugna la plena accionabilidad de los ciudadanos para la aplicación de la legislación ambiental y, en especial, de las disposiciones sancionadoras. Según este autor uno de los aspectos actuales más importantes de la legislación sectorial ambiental es buscar mecanismos de remedio o procesales para la aplicación efectiva, y no tanto la aprobación de más normas ambientales sustan-

tivas a las muchas ya existentes.

Es precisamente en la tutela de los intereses colectivos (finalidad principal del Derecho administrativo sancionador) donde se ve más necesario que hay que fortalecer la participación de los ciudadanos, especialmente para superar la pasividad de la Administración en la persecución de las infracciones administrativas. Actualmente, se ve cada vez con más claridad que se debe superar la idea clásica de que el Estado es el único agente legitimado para la defensa de los intereses colectivos en el Derecho administrativo sancionador. Este dogma, arraigado en las entrañas del Estado liberal, comienza a descomponerse con mucha rapidez, porque los ciudadanos y los grupos no son indiferentes y reclaman su papel social y posición jurídica innegable ante los grandes daños irreparables que se van causando al medio ambiente, cuando muchos de estos daños se habrían podido evitar si la potestad administrativa sancionadora fuese fuerte y eficaz. En este sentido, se ha manifestado que es preferible otorgar medios procesales a los ciudadanos para exigir el ejercicio de las potestades administrativas para la defensa de la legalidad ambiental (entre las que podemos situar perfectamente a las sancionadoras) que no exigir responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ambientales causados por la Administración o por un particular cuando la Administración no ha ejercido estas potestades administrativas para el cumplimiento del Derecho ambiental.

Debemos tener presente que no ejercer la potestad administrativa sancionadora o hacerlo de manera deficiente y mantener la débil posición jurídica de los ciudadanos y de las entidades sociales, hace que estos ciudadanos y entidades se dirijan, en muchas ocasiones directamente y cada vez más a menudo, al proceso penal (en especial presentando denuncias a las fiscalías de Medio Ambiente en los lugares donde existen) por hechos que no son ilícitos penales, sino administrativos. Evidentemente, eso conlleva una sobrecarga adicional a las ya saturadas fiscalías y a la jurisdicción penal, pero también una disfuncionalidad que tiene su origen en una falta de recursos jurídicos de los ciudadanos para hacer frente a la pasividad de la Administración en la persecución de las infracciones administrativas.

No compartimos, pues, la posición de los que constatan la incapacidad administrativa para hacer frente a las infracciones administrativas, y proponen como única solución posible buscar el cumplimiento voluntario de los infractores, porque el desarrollo del aparato administrativo sancionador es irreal e impracticable. Ni la de los que alertan de los efectos perversos de la afirmación de la posición jurídica de los denunciantes en la relación entre la Administración y el infractor, porque se potencia la liberalización de la delación, se fomenta la confrontación entre privados y se favorece el dominio

de los que tienen un poder económico más grande (empresas privadas).

No se debe entender la potenciación del papel de los ciudadanos y de los grupos como una manifestación de la ideología neoliberal que propugna reducir la sobredimensionada Administración traspasando algunas de sus funciones a la sociedad civil. No se trata de que los ciudadanos y los grupos substituyan o eliminen la potestad sancionadora de la Administración, sino que la *complementen* para asegurar el cumplimiento de la legalidad ambiental. Como dice Nieto, hay que cambiar el planteamiento tradicional ya que “no se trata del Estado contra los ciudadanos (como ahora se piensa) sino del Estado junto con los ciudadanos contra los infractores. Mientras no tenga lugar este cambio de mentalidad, la política represiva seguirá siendo tan inútil como arbitraria y en modo alguno servirá para el logro de su verdadero objetivo: el cumplimiento de las normas”.

El fortalecimiento de la posición jurídica de los ciudadanos y de los grupos en el ámbito sancionador ambiental se sitúa dentro de los profundos cambios que está experimentando el Derecho administrativo desde mediados del siglo xx, ya que los ciudadanos y los grupos no actúan tanto para la defensa de los derechos individuales ante la intervención del Estado, sino para la defensa de intereses colectivos, lo cual exige a menudo la actuación del Estado. Por eso la inactividad administrativa pasa a ser uno de los problemas de primer orden cuando anteriormente era precisamente el objetivo prioritario. Evidentemente, para hacer frente a estas nuevas situaciones es necesario un cambio en la forma de actuación de la Administración y en sus relaciones con los ciudadanos. Además, el reconocimiento de la función social de los ciudadanos y de los grupos en el contencioso-administrativo sancionador ambiental debería comportar que la legislación pudiese establecer determinadas ventajas o incentivos para la participación de los ciudadanos en el procedimiento sancionador.

La falta de aplicación del Derecho ambiental y el importante papel de los ciudadanos en general y, en especial, de las asociaciones de defensa ambiental, como una herramienta muy importante por combatirlo, fue acogida por la Ley catalana 18/1998, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de protección de los animales, para reconocer la condición de interesadas de las asociaciones de protección y defensa de los animales en el procedimiento administrativo sancionador. Es bastante significativa la extensa exposición de motivos, de la que destacamos los extremos siguientes.

Por una parte se constata la deficiente aplicación de la ley:

“Se observa con un cierto desánimo cómo la aplicación práctica de la ley no ha sido tan intensa como debiera [...] porque las diferentes administraciones públicas no cuentan con medios suficientes para poder

llevar a cabo una vigilancia y una inspección adecuadas a las necesidades actuales.”

Y por otra, para asegurar la aplicación de la ley se reclama la participación de los ciudadanos, en especial de las asociaciones de protección y defensa de los animales, y se reconoce que ostentan un interés legítimo colectivo a la legalidad y, por lo tanto, deben tener la condición de interesados en el procedimiento sancionador:

“Las asociaciones de protección y defensa de los animales, asociaciones altruistas y sin finalidad de lucro, son el camino para lograr la adquisición de los hábitos sociales para la defensa de los animales, y pueden y deben ser unas colaboradoras inmejorables de la Administración para perseguir conductas prohibidas por la ley, dado que es evidente que no serviría de nada el establecimiento de una serie de disposiciones normativas protectoras si éstas no van acompañadas de la reacción correspondiente en caso de incumplimiento.

“Sin perjuicio de las disposiciones genéricas que el mismo artículo 39 de la Ley 3/1988 establece en lo concerniente a la adopción de acuerdos entre el Departamento de Agricultura y las mencionadas asociaciones proteccionistas, con la finalidad de que participen en las tareas de protección y defensa de los animales, debe reconocerse a estas asociaciones, explícitamente en esta ley, un interés legítimo colectivo para que se respeten las prescripciones legales, de tal manera que cuando se produzcan las infracciones tipificadas, puedan iniciar el procedimiento sancionador correspondiente, y tengan en los procedimientos que, si es el caso, se inicien la condición de interesadas, sin necesidad de incoar y acreditar en cada caso la concurrencia de derecho o interés concreto de ningún tipo.

“Es por eso que se estima conveniente contar con la colaboración y la participación más activas de los ciudadanos, en general, y, más concretamente, de las asociaciones de protección y defensa de los animales.”

Esta irrupción del movimiento cívico y social en el Derecho administrativo sancionador comporta un cambio en muchos aspectos tradicionalmente intocables de la configuración de la potestad administrativa sancionadora que derivan de la existencia de la Administración como único agente activo en la persecución de las infracciones administrativas. El objetivo de este capítulo es examinar qué cambios son necesarios en el Derecho administrativo sancionador para acoger a estos nuevos agentes sociales que reclaman su papel para evitar que los infractores permanezcan impunes y para parar la degradación ambiental. A continuación examinaremos la legitimación y las pretensiones de los ciudadanos en el contencioso-administrativo ante la pasividad de la Administración a la hora de perseguir y sancionar infracciones ambientales.

4. Un importante elemento de reflexión de Derecho comparado: las *citizen suits* del Derecho norteamericano como uno de los principales mecanismos de los ciudadanos para la aplicación de la legislación ambiental (en especial, de las sanciones administrativas) ante la inactividad administrativa

Cabe destacar las acciones ciudadanas (*citizen suits*) del Derecho norteamericano. Estas acciones permiten a cualquier persona demandar a otras personas (públicas o privadas) por determinadas violaciones de las leyes ambientales, que vendrían a aproximarse a las infracciones administrativas previstas en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien la participación de los ciudadanos en la aplicación de la legislación (*citizen enforcement*) como si se tratase de unos fiscales generales (*private attorneys general*) ya era conocida por el Derecho norteamericano, ha experimentado una gran expansión mediante las acciones ciudadanas (*citizen suits*) previstas en la mayoría de las leyes ambientales que se han ido aprobando desde los años setenta. Estas acciones han potenciado la posición jurídica de los ciudadanos y, en especial, de los grupos de defensa del medio ambiente contra la pasividad administrativa ante los incumplimientos de la legislación ambiental y se han convertido en uno de los medios más eficaces para garantizar la aplicación de la legislación ambiental. Se reconoce la insuficiencia de la Administración para controlar la aplicación de la normativa ambiental al manifestarse en no pocas ocasiones su ineficacia, el carácter de infractora y la coincidencia de sus intereses con los de la industria. Pero no se pretende eliminar ni sustituir la función de la Administración, sino complementarla reforzando la posición jurídica de los ciudadanos y de las organizaciones no gubernamentales cívico-ambientales.

La gran operatividad de estas acciones deriva del establecimiento de un régimen procesal (en especial de pretensiones) que garantiza la posición jurídica de los ciudadanos para reaccionar contra determinados incumplimientos de la legislación ambiental ante la inactividad administrativa. Primero, se amplía la legitimación si bien sin llegar a eliminarla, como parecía que era el objetivo de las leyes ambientales que reconocían *citizen suits*, ya que desde la jurisprudencia conservadora del Tribunal Supremo de los años ochenta se han aplicado los requisitos constitucionales de legitimación. Segundo, se faculta a los ciudadanos para demandar directamente a los infractores ante de los tribunales sin necesidad de demandar a la Administración inactiva, y, por lo tanto, las pretensiones y las sentencias tienen como destinatarios a los infractores. Ahora bien, el carácter complementario de las *citizen suits* con respecto a las funciones administrativas ejecutivas ha justificado que las leyes ambientales establezcan dos requisitos, que son una notificación previa, normalmente en un

plazo de sesenta días, al infractor y a la agencia competente de la ejecución de las leyes, y la ausencia de actuación administrativa previa (*government enforcement*) que persiga diligentemente las infracciones. Tercero, se dispone de pretensiones muy importantes consistentes, principalmente, en pretensiones de condena (*injunctive*) y pretensiones constitutivas y de condena a las que el infractor entregue el importe pecuniario de las sanciones (*civil penalties*), que se puede destinar en muchas ocasiones a proyectos de mejora ambiental. Cuarto, se establece un régimen de costos coherente con la voluntad del legislador, que es fomentar las *citizen suits* legítimas y penalizar las *citizen suits* frívolas para evitar que los costes del litigio sean un freno importante para los ciudadanos y los grupos, dado que no buscan ni obtienen ningún beneficio económico que los compense de los gastos del litigio, sino que simplemente buscan el cumplimiento de la legalidad ambiental. Se tiene en cuenta la necesidad de financiar a la colectividad por haber ejercido esta función pública cuando la Administración, que es a quien corresponde ejecutarla, ha permanecido pasiva. De esta manera, se aplica un criterio próximo al vencimiento cuando el demandante prevalece en el litigio, y un criterio próximo al de la temeridad (en sentido amplio para acoger cuando se actúa de manera frívola o infundamentada) cuando prevalece el demandado. Quinto, existen mecanismos para facilitar la prueba de la comisión de las infracciones mediante controles periódicos que realicen las mismas empresas, cuyos resultados son enviados a la Administración, y el acceso de los ciudadanos a esta información. Y sexto, este régimen procesal favorecedor de las *citizen suits* ha hecho que muchos pleitos finalicen mediante acuerdos entre las partes (*consent decrees*) que pueden contener otros *remedies* aparte de los previstos legalmente y que tienen los mismos efectos que una sentencia.

Hay que diferenciar las *citizen suits*, que son un instrumento para la tutela de los intereses colectivos ambientales mediante la aplicación de la legislación ambiental, de las *class actions*, que consisten, principalmente, en el ejercicio colectivo de acciones para la defensa de múltiples intereses individuales y se basan en las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios (*damages*).

En fin, las *citizen suits* permiten extraer elementos de reflexión sobre los mecanismos más bien muy débiles que nuestro ordenamiento jurídico ofrece a los ciudadanos para asegurar la aplicación de la legislación ambiental (en especial del régimen sancionador) ante los frecuentes incumplimientos que sufre y de la inexistente o insuficiente reacción administrativa en numerosas ocasiones. Cabe decir que algunos autores de nuestro ordenamiento jurídico ya se han hecho eco del carácter pionero de Estados Unidos en la formación del

Derecho ambiental y en la potenciación de los ciudadanos para asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental en los Estados Unidos.

5. Nuevos planteamientos de la posición jurídica de los ciudadanos y grupos en el procedimiento administrativo y en el contencioso-administrativo para garantizar la aplicación de las sanciones administrativas ante la inactividad administrativa

5.1. Ampliación de la legitimación más allá del presunto infractor

La potenciación del papel de los ciudadanos y de los grupos para exigir el cumplimiento del Derecho administrativo sancionador ambiental cuando la Administración permanezca pasiva o inactiva implica, como primer paso, una normalización y ampliación de la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador y la legitimación en el contencioso sancionador ambiental.

El reconocimiento de esta legitimación más grande choca con la posición tradicional de la jurisprudencia de otorgar legitimación sólo al presunto infractor argumentando que los otros sujetos quedan dentro de la concepción omnicompreensiva de los denunciantes. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina han acabado reconociendo la legitimación de otros sujetos aparte del presunto infractor tomando como base la dualidad de los intereses colectivos ambientales como derechos o intereses legítimos colectivos ambientales o como intereses públicos mediante la acción popular ambiental. Desde la legitimación a los titulares de un derecho o interés legítimo colectivo ambiental, se ha manifestado que no es admisible una visión omnicompreensiva de la figura del denunciante que excluya la existencia de titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos en el procedimiento administrativo y en el contencioso sancionador, y que los supuestos legitimadores por derechos subjetivos o intereses legítimos en el procedimiento administrativo o el contencioso sancionador provienen tanto de la lesión causada por la infracción como de la ventaja o beneficio derivado de la imposición de la sanción. También la legitimación en los casos de acción popular ambiental se hace más necesaria cuando la acción popular ha sido reconocida legalmente y, lógicamente, debe ser aplicable también contra los incumplimientos de los preceptos sancionadores.

5.2. La reformulación de la calificación de oficio del procedimiento administrativo sancionador

Tradicionalmente se ha entendido que el procedimiento administrativo sancionador se inicia de oficio (y que la

denuncia es una de las modalidades) porque se ha partido de la idea de que el procedimiento sancionador no produce ningún beneficio o ventaja a los denunciantes que los convierte en interesados, y que, por lo tanto, no es la denuncia la que comporta automáticamente el inicio del procedimiento sancionador, sino el acto administrativo de trámite de inicio del procedimiento administrativo. Pero la existencia de otros interesados en el procedimiento administrativo sancionador parece que debería comportar que el procedimiento sancionador se pueda iniciar a solicitud de los interesados. No obstante, para evitar las disfuncionalidades de un inicio automático del procedimiento administrativo sancionador si se le considerase a solicitud de la parte interesada, entendemos que sería suficiente con establecer una fase previa de admisibilidad de los escritos de los otros interesados a parte del presunto infractor para que posteriormente a la misma se iniciase el procedimiento administrativo sancionador.

5.3. La necesidad de ampliar las pretensiones

5.3.1. Mayor contenido de las pretensiones constitutivas y de condena en el contencioso-administrativo sancionador para la tutela de los intereses colectivos ambientales

Si bien, como hemos visto, la jurisprudencia se ha ido mostrando cada vez más favorable a admitir la legitimación activa de otros sujetos a parte del presunto infractor para la tutela de los intereses colectivos ambientales (ya sea como derechos e intereses legítimos colectivos o como intereses públicos mediante la acción popular) en casos de inactividad administrativa cuando no se inicia expediente sancionador o no se sancionan las infracciones administrativas, solamente ha llegado a admitir pretensiones de anulación y de condena a la Administración a iniciar o resolver el procedimiento administrativo sancionador, y normalmente no ha justificado esta posición. Ha sido especialmente la doctrina la que ha manifestado que a pesar de que se admita la legitimación en el ámbito sancionador, ya sea por derecho o interés legítimo o por acción popular, no es posible que los tribunales determinen las sanciones administrativas, según dos argumentos: el principio revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que exige un procedimiento administrativo previo, y la oportunidad o discrecionalidad administrativa en la apertura y en la resolución de los procedimientos sancionadores.

Teniendo en cuenta el principio revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, se ha manifestado que en caso de inactividad administrativa en relación con el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (tanto por falta de acto administrativo sobre el inicio del procedimiento sancionador como de denegación expresa) las pretensiones consistirán en la anulación del acto presunto o expreso y a condenar a la Administración a tramitar y resolver el expediente, pero los tribu-

nales nunca podrán determinar ni imponer la sanción, porque no pueden suplir la actuación administrativa previa, encaminada a recoger los elementos fácticos para determinar la existencia o no de una infracción y las circunstancias de gradación de la sanción. También algún pronunciamiento jurisprudencial ha alegado el papel imprescindible del procedimiento administrativo como garantía de los derechos de defensa del imputado (artículo 24 de la CE) y como medio de realización de las diligencias instructoras necesarias para determinar los diversos aspectos para poder imponer la sanción.

No compartimos la creencia de que el innegable papel del procedimiento administrativo como instrumento de garantía de los derechos de defensa del imputado sea un motivo suficiente que justifique en sede jurisdiccional la limitación de las pretensiones de condena a incoar y a tramitar un expediente sancionador y pueda impedir pretensiones de condena a una determinada sanción. Creemos que en caso de inactividad administrativa el presunto infractor no podría alegar ninguna vulneración de sus derechos de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, consistentes, principalmente, en ser informado de la acusación, hacer alegaciones y proponer pruebas, ya que estos derechos son respetados perfectamente en el proceso contencioso-administrativo. El único derecho de defensa que plantea más problemas es el de separación entre el órgano instructor y el decisorio, si bien no resulta aplicable al contencioso-administrativo, ya que no está previsto a la CE sino que es de creación legal y aplicable sólo al procedimiento administrativo (artículo 134.2 de la LRJPAC).

En lo concerniente al papel imprescindible del procedimiento administrativo como medio de realización de las diligencias instructoras necesarias para determinar los diversos aspectos para poder imponer la sanción, debemos manifestar que la fase de prueba del proceso contencioso-administrativo puede cumplir perfectamente esta función mediante los diversos medios de prueba previstos legalmente, que pueden aportar los elementos fácticos para acreditar la comisión de la infracción y el resto de los elementos fácticos para determinar la sanción.

Pensamos que el contenido de las pretensiones y de las sentencias ante la inactividad administrativa en el campo sancionador vendrá determinado también por los dos factores respecto de la inactividad administrativa: la factibilidad de las sentencias y la discrecionalidad administrativa. Sobre la base de estos dos criterios, las pretensiones en el ámbito sancionador no tienen por qué reducirse a pretensiones de condena a las que la Administración dicte un acto (inicio del procedimiento sancionador o imposición de una sanción), sino que se deben admitir pretensiones constitutivas a las que el tribunal dicte la sanción (en tanto que declaración jurídica) y pretensio-

nes de condena a realizar la conducta en que consista la sanción impuesta (pago de una cantidad de dinero, clausura de una actividad, precinto de unos aparatos, publicidad de la sanción, etc.) siempre que no exista discrecionalidad administrativa la existencia y los efectos concretos cuyo campo sancionador será objeto de comentario posteriormente. Además, la legitimación de otros sujetos aparte del presunto infractor en el contencioso-administrativo sancionador configura uno de los supuestos de relación jurídica administrativa multilateral, lo cual motiva que la parte directamente condenada no haya de ser necesariamente la Administración sino el presunto infractor también demandado, ya que es él quien ha cometido la infracción y quien debe ser sancionado y, por lo tanto, quien debe realizar la prestación en la que consiste la sanción. Como ya hemos visto, los fundamentos y el régimen jurídico de las *citizen suits* apuntan en este sentido.

En lo concerniente a la multa como sanción administrativa principal, hay que replantear el destino de los importes hacia finalidades ambientales, ya que normalmente el dinero de las sanciones impuestas percibido por la Administración va a parar de forma general a la hacienda pública. Pensamos que, tal como hemos visto en las *citizen suits*, sería más correcto que se destinasen a las finalidades ambientales contra las que han atentado las infracciones, y más teniendo en cuenta que en algunos casos ya se ha reconocido una afectación finalista de los importes de las multas.

5.3.2. Modalidades de control jurisdiccional de la inactividad administrativa sancionadora: la dualidad recurso contra actos o directamente contra la inactividad administrativa

Las modalidades de control judicial de la inactividad administrativa sancionadora se deben plantear distinguiendo los siguientes supuestos: a) cuando la Administración no dicta el acto administrativo sobre la incoación o no del expediente sancionador, o, una vez iniciado, no dicta la resolución; b) cuando dicta un acto administrativo expreso denegando la iniciación del procedimiento sancionador, y c) cuando dicta un acto administrativo expreso denegando la imposición de la sanción o imponiendo una sanción insuficiente una vez ya se ha iniciado el procedimiento administrativo.

En el caso de que la Administración no dicte el acto administrativo sobre la incoación o no del expediente sancionador, o, una vez iniciado, no dicte ninguna resolución, parece difícil, en principio, la aplicación del silencio administrativo porque esta técnica se aplica sólo a procedimientos iniciados mediante solicitud de los interesados y, después de la modificación de la LRJPAC por la Ley 4/1999, a determinados procedimientos de oficio, en los que no tienen cabida los sancionadores. No obstante, pensamos que se debe aplicar igualmente la técnica del silencio administrativo porque

es la única que existe para hacer frente a la inactividad administrativa en los procedimientos administrativos sancionadores, y que se debe optar por el carácter negativo, lo cual se ha visto reforzado también por la jurisprudencia constitucional, que ha aplicado la técnica del silencio administrativo a los procedimientos de oficio, como por ejemplo el expropiatorio. Por parte de la LJCA, como ya hemos visto, la restricción subjetiva (individualista) y la objetiva (por prestaciones materiales y no por actos) del recurso de inactividad del artículo 29.1 de la LJCA hacen muy difícil la aplicación en los casos de inactividad administrativa sobre la falta de incoación del procedimiento sancionador o la resolución de este procedimiento. Por lo tanto, deberíamos aplicar el clásico recurso contra actos presuntos del artículo 25.1 de la LJCA siguiendo la técnica del silencio administrativo.

En el caso de un acto administrativo expreso que deniegue la iniciación del procedimiento sancionador, a pesar de que, propiamente, aún no se ha iniciado tampoco el procedimiento, creemos que es de aplicación el régimen de recurso contra actos de trámite calificado si tenemos presente la finalidad de este régimen de posibilitar que se impugnen los actos que impidan sustanciar un procedimiento, y si tenemos presente también que el acto de incoación del expediente sancionador es el primer acto de trámite del procedimiento sancionador. Como ya hemos comentado, las restricciones subjetiva (individualista) y objetiva (por prestaciones y no por actos) del recurso de inactividad del artículo 29.1 de la LJCA comportan aplicar el clásico recurso contra actos presuntos del artículo 25.1 de la LJCA y, por lo tanto, seguir la técnica del silencio administrativo.

En el caso de un acto administrativo expreso que deniegue la imposición de la sanción o que imponga una sanción insuficiente una vez ya se ha iniciado el procedimiento administrativo, se podrá interponer el recurso contencioso-administrativo contra actos presuntos del artículo 25.1 de la LJCA y, por lo tanto, seguir la técnica del silencio administrativo dadas las restricciones subjetiva y objetiva del recurso de inactividad del artículo 29.1 de la LJCA.

5.3.3. La configuración reglada o discrecional de la potestad administrativa sancionadora

Como ya hemos visto, el alcance de las pretensiones de los ciudadanos en el contencioso sancionador está condicionada en buena parte por la existencia y el alcance de la discrecionalidad administrativa en el campo sancionador. Esto nos obliga a examinar la configuración reglada o discrecional de la potestad administrativa sancionadora, que se puede manifestar en tres ámbitos que se corresponden a tres momentos temporales consecutivos del ejercicio de esta potestad: el inicio del procedimiento administrativo sancionador (ejercicio de la potestad administrativa sancionadora), la decisión de sancionar la infracción adminis-

trativa y la determinación de la sanción concreta.

En relación con los dos primeros ámbitos mencionados (el inicio del procedimiento administrativo sancionador y la decisión sobre si se sanciona o no), la jurisprudencia y la doctrina han adoptado tres posiciones principales que son fruto de una diferente ponderación entre los principios de oportunidad y de legalidad. La primera posición se basa en el principio de oportunidad y defensa, que afirma que la Administración no tiene ningún deber de perseguir ni sancionar una infracción administrativa, sino que simplemente está autorizada a hacerlo. La segunda posición aplica el principio de legalidad y constata la existencia de un deber de perseguir y sancionar las infracciones. Y la tercera posición adopta una posición mixta al aplicar el principio de oportunidad para decidir si se persigue una conducta infractora (la excepción de cuando haya otros legitimados aparte del presunto infractor y cuando exista una gravedad de los riesgos o de las infracciones cometidos) y el principio de legalidad para sancionarla si ya se ha decidido perseguir esta conducta. Pensamos que la segunda posición es la más correcta porque es la que más se corresponde con la configuración legal de la potestad administrativa sancionadora en la práctica totalidad de la legislación ambiental que establece el deber de la Administración de iniciar y tramitar el procedimiento administrativo sancionador y de sancionar cuando tenga conocimiento de la comisión de infracciones administrativas.

En lo concerniente a la cuestión de si la determinación de la sanción concreta es discrecional o reglada, hay que examinar la descripción reglada o discrecional de dos aspectos, que son el tipo de infracción según la gravedad (leve, grave o muy grave), ya que incide en la determinación de la sanción, y, posteriormente, de la sanción concreta a imponer. Por lo que respecta al primer aspecto, en principio, la jurisprudencia ha afirmado que la calificación de las infracciones en leves, graves o muy graves es reglada. Ahora bien, un examen detenido de la tipificación de las infracciones en la legislación permite constatar que a menudo hay supuestos que no contienen suficiente densidad normativa y, por lo tanto, comportan una discrecionalidad administrativa en la determinación de la gravedad de la infracción (por ejemplo, el uso de circunstancias genéricas, la indeterminación de sus efectos sobre la graduación de la gravedad de la infracción, la existencia de circunstancias genéricas ajenas a la infracción y un excesivo número de criterios). Y en lo que hace referencia al segundo aspecto, las normas sancionadoras para determinar la sanción que se debe imponer a menudo prevén una discrecionalidad administrativa a causa del establecimiento de unos márgenes cuantitativos (multas) o temporales (sanciones de privación de derechos) muy amplios de las sanciones según si se trata de una infracción leve,

grave o muy grave, y del uso de unos criterios genéricos y sin determinar sus efectos para graduar la sanción. No obstante, es muy frecuente que la jurisprudencia determine el contenido concreto de la sanción y modifique el que ha impuesto la Administración basándose en el principio de proporcionalidad apoyado por otros motivos, como la economía procesal, el control de hechos determinantes y el uso de los conceptos jurídicos indeterminados. Ahora bien, el principio de proporcionalidad no puede sustituir a la falta de densidad normativa que otorga una discrecionalidad a la Administración para imponer la sanción concreta, ni tampoco elimina la inseguridad jurídica, ni tampoco puede convertir la discrecionalidad procedente de los conceptos jurídicos indeterminados en reglada. La sustitución judicial sólo será posible si la densidad normativa es completa y elimina la discrecionalidad administrativa, lo cual implica una tipicidad concreta en las normas sancionadoras. En el caso de que la determinación de la sanción sea reglada, serán posibles pretensiones constitutivas en las que se dicte una sanción al infractor y condenas al sancionado a realizar la prestación en la que consiste la sanción. En el caso de que la determinación de la sanción sea discrecional, se podrán hacer valer pretensiones de condena a la Administración a sancionar dentro del margen discrecional establecido normativamente siempre y cuando no se haya podido reducir la discrecionalidad y convertirla reglada.

5.3.4. Límites constitucionales a la atribución de potestades administrativas sancionadoras discrecionales

Desde un punto de vista constitucional, existe una exigencia de un control jurídico plenario (positivo) y, por lo tanto, del carácter reglado de la potestad administrativa sancionadora según el artículo 24.1 de la CE, lo cual viene reforzado por la función constitucional de la potestad administrativa sancionadora en el medio ambiente por el artículo 45.3 de la CE. Ahora bien, esta inicial exigencia se debe ponderar con otros preceptos constitucionales relativos a las sanciones administrativas (artículo 25.1 de la CE) y con la posición constitucional de la Administración (artículo 103.1 de la CE), a partir de los que se puede justificar la existencia de discrecionalidad administrativa.

Por lo que respecta a la determinación del carácter discrecional o reglado del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en el inicio del procedimiento administrativo sancionador y en la imposición o no de la sanción, resulta conveniente examinar la aplicación o no en el Derecho administrativo sancionador del principio del Derecho penal del carácter debido del ejercicio del poder punitivo (artículo 25.1 de la CE), en el que podemos encontrar tres posiciones: a) falta absoluta de identidad entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en la configuración del ejercicio del

ius puniendi para fundamentar el ejercicio libre (no debido ni obligado), y no arbitrario, de la potestad administrativa sancionadora; b) coincidencia total entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en la configuración del ejercicio del *ius puniendi* para justificar el carácter debido u obligado del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, y c) coincidencia parcial entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en la configuración del ejercicio del *ius puniendi*. Esta tercera posición restringe la naturaleza debida u obligada del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en determinados supuestos objetivos (la gravedad por los intereses públicos infringidos, etc.) o subjetivos (que haya algún denunciante interesado). Compartimos esta última posición, ya que responde mejor a un análisis ponderado de los diversos preceptos constitucionales mencionados y al fundamento de la potestad administrativa sancionadora en el Derecho público sancionador. De esta manera, pensamos que en materia ambiental el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora tendrá casi siempre el carácter debido, dada la gravedad de los intereses ambientales protegidos y dado que a menudo habrá denunciantes o interesados legitimados.

Y, finalmente, en lo concerniente a la determinación del carácter discrecional o reglado del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en la determinación de la sanción, hay que partir de la exigencia constitucional de tipicidad como garantía material del principio de legalidad sancionadora (artículo 25.1 de la CE), que exige una predeterminación de las infracciones, y de las sanciones (tipicidad como garantía material), en una norma de rango de ley (reserva de ley como garantía formal), lo cual tiene un fundamento en el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE). A pesar de que podría indicar que las sanciones deberían ser regladas para garantizar el principio de tipicidad, el Tribunal Constitucional ha admitido una flexibilización del principio de tipicidad penal según el tipo que se trate que permite la existencia de discrecionalidad administrativa, si bien dentro de unos límites, lo cual posibilitará sentencias de condena a las que la Administración sancione dentro de estos límites.

5.4. Otras consideraciones de interés: la prescripción de las infracciones (y de las sanciones), la caducidad del procedimiento (la perención), la importancia de un sistema de control administrativo de las actividades contaminantes y del derecho de acceso a la información sobre medio ambiente (en especial la que se deriva de los controles e inspecciones administrativas y del procedimiento administrativo sancionador)

Para no frustrar la posición jurídica de los ciudadanos ante la inactividad administrativa, hay que otorgar a

estos sujetos legitimados la facultad de interrumpir el plazo de la prescripción de las infracciones (y de las sanciones) y de la caducidad (perención) del procedimiento, ya que su regulación no se puede basar sólo en una sanción a la inactividad administrativa por el principio de celeridad para la salvaguardia de los presuntos infractores. También se debe tener presente la existencia de otras personas titulares de derechos o intereses legítimos ambientales o de la acción popular ambiental cuya actuación debe poder interrumpir la prescripción y la caducidad.

También hay que tener presente la importancia de un sistema de control administrativo de las actividades contaminantes y del derecho de acceso a la información sobre medio ambiente (en especial la referida a la derivada de los controles e inspecciones administrativos y del procedimiento administrativo sancionador) para la efectividad de las pretensiones en el contencioso-administrativo sancionador ambiental. ■

La nueva estructura de la función pública local: la creación de la Subescala de Gestión Administrativa y su incidencia en la promoción interna local

1. La estructura de la función pública local.
2. La promoción interna *per saltum* en la Administración local.
3. La exigencia de promoción interna desde cuerpos o escalas de un grupo de titulación a otros del inmediato superior.
4. La racionalización de la estructura de la función pública local.
5. El número de plazas reservadas a promoción interna: una inagotable fuente de conflictos.

Rosa María Martín-Romo Capilla
*Letrada de la Excma. Diputación Provincial
de Cáceres*

1. La estructura de la función pública local

Una de las novedades más importantes, por lo que a la Administración local se refiere, introducidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, fue la racionalización que llevó a cabo de la estructura de la función pública local, en cuanto a la Escala de Administración General de las entidades locales. La racionalización aludida se llevó a cabo mediante la reforma de los artículos 167 y siguientes del Real decreto legislativo 781/1986. De esta forma, se introduce la Subescala de Gestión (Grupo B), como subescala intermedia entre la Técnica (Grupo A) y la Administrativa (Grupo C) y a la que pertenecerán “los funcionarios que realicen tareas de apoyo a las funciones de nivel superior” [artículo 168.1.b) del real decreto legislativo citado].

Esta reforma, con ser importante, no agota su potencialidad en la mera previsión de una Subescala de Gestión Administrativa, que venía a ser una necesidad sentida en muchas de nuestras entidades locales, sino que igualmente ha venido a adecuar la Escala de Administración General de las corporaciones locales a los nuevos principios sobre promoción interna, tal y como vamos a tratar de exponer en este estudio.

2. La promoción interna *per saltum* en la Administración local

El artículo 22.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en su redacción originaria, disponía:

“Las administraciones públicas facilitarán la promoción interna consistente en el ascenso desde cuerpos o escalas de grupo inferior a otros correspondientes de grupo superior [...]”

Como puede apreciarse, el precepto no exigía, al menos textualmente, que la promoción interna se llevase a cabo desde un grupo de titulación a otro del inmediato superior.

Por su parte, el artículo 167.2 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, en su redacción anterior a la reforma, estructuraba la Escala de Administración General de las entidades locales en cuatro subescalas: Técnica (Grupo A), Administrativa (Grupo C), Auxiliar (Grupo D) y Subalterna (Grupo E).

De forma coherente con dicha estructura, el artículo 169.2 del citado Real decreto legislativo 781/1986 establecía lo siguiente:

“Hasta tanto se dicten las normas reglamentarias previstas en el artículo 100.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, la selección de los funcionarios a que se refiere el número anterior se ajustará a las siguientes reglas:

“a) El ingreso en la Subescala Técnica se hará por opo-

sición libre y se precisará estar en posesión del título de licenciado en Derecho, en Ciencias Políticas, Económicas o Empresariales, intendente mercantil o actuario.

“No obstante, se reservarán para promoción interna el veinticinco por ciento de los puestos de trabajo para administrativos de la propia corporación que posean la titulación indicada, cuenten, como mínimo, con cinco años de servicios en la subescala de procedencia y superen las pruebas selectivas correspondientes [...]”

Como puede apreciarse, la estricta aplicación de tales preceptos permitía la promoción interna desde la Subescala Administrativa (Grupo C) a la Subescala Técnica (Grupo A) dentro de la Administración local.

3. La exigencia de promoción interna desde cuerpos o escalas de un grupo de titulación a otros del inmediato superior

El primer cambio normativo en la materia que nos ocupa tiene lugar mediante la nueva redacción que la Ley 23/1988, de 28 de julio, da al artículo 22.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Como consecuencia de dicha reforma y para lo que ahora nos interesa, el precepto queda redactado de la siguiente manera:

“Las administraciones públicas facilitarán la promoción interna consistente en el ascenso desde cuerpos o escalas de un grupo de titulación a otros del *inmediato* superior [...]”

Hemos de recordar que, en virtud del artículo 1.3 de la citada ley, el artículo 21 tiene carácter básico y, por lo tanto, el mismo resulta aplicable al personal de todas las administraciones públicas y, por lo tanto, también al de la Administración local.

Como consecuencia de dicha reforma, la Escala de Administración General de las entidades locales se encontraba ante la situación de que no existía una subescala intermedia entre la Técnica (Grupo A) y la Administrativa (Grupo C), y la aplicación del artículo 22.1 antes citado podía dejar a los citados funcionarios del Grupo C sin la posibilidad de promoción interna.

Ello no ha sido impedimento para que los tribunales de justicia hayan dado lugar a pronunciamientos anulatorios de procesos selectivos que permitían en determinadas entidades locales el acceso por promoción interna desde el grupo C hasta el grupo A una vez que se había modificado el citado artículo 22.1 de la Ley de medidas para la reforma de la función pública.

En este sentido, se pronuncian la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de abril de 1997, que vino a considerar que no procedía la promoción interna del Grupo C al Grupo A por cuanto la misma se oponía a la normativa básica de la promoción interna, esto es, al artículo 22.1 antes citado.

Con idéntico alcance, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de marzo de 2001 anula la convocatoria por parte del Ayuntamiento de Villagarcía de Arosa “para la provisión de una plaza de técnico de Administración General (Grupo A), en cuanto permite acceder a ella a funcionarios de la Subescala Administrativa de Administración General (Grupo C)”, y acude para fundamentar su pronunciamiento anulatorio –confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003– a los siguientes argumentos:

“El único aspecto en el que ha de prosperar la demanda rectora es en el referente a la base específica 3.b) para la provisión de una plaza de técnico de Administración General por el sistema de promoción interna, en cuanto permite el acceso a funcionarios de la Subescala Administrativa de Administración General con al menos dos años de servicios. Nadie discute que, conforme señala la representación demandada, el artículo 22.1 del Decreto 93/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo, promoción profesional y promoción interna de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Galicia, aplicable a los funcionarios de la Administración local, define la promoción interna como el ‘ascenso de los funcionarios de los cuerpos o escalas de unos grupos a otros correspondientes a los grupos inmediatamente superiores’, ni que dicho artículo exige una antigüedad de dos años como mínimo en el cuerpo o escala de pertenencia para poder participar en las pruebas de promoción interna, en absoluta coincidencia con lo prevenido por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Lo que no resulta admisible, y ahí es donde la base impugnada se muestra contraria al ordenamiento jurídico, es en cuanto puede permitir el acceso al Grupo A a funcionarios pertenecientes al Grupo C, pues entre una y otra escala existe una intermedia por lo que no puede afirmarse que se trate del ascenso de una escala a otra inmediatamente superior, sin que sea factible que por la vía de las escalas, a la que parece acogerse la parte accionada, se autorice el salto de grupo, del C al A.”

Como puede observarse, la nueva redacción dada al artículo 22.1 de la Ley de medidas para la reforma de la función pública y la articulación de la promoción interna única y exclusivamente dirigida al grupo de titulación *inmediatamente* superior, ya permitía afirmar, y así lo afirmaron los tribunales de justicia, que no resultaba admisible la promoción interna desde la Subescala Administrativa (Grupo C) a la Subescala Técnica (Grupo A) de la Administración local, y ello a pesar de que no existía todavía una subescala intermedia entre una y otra (Grupo B).

Tal interpretación se reforzaba en la medida en que el artículo 169.2 del Real decreto legislativo 781/1986 ya

había dejado de tener aplicación, por cuanto, tal y como el mismo preveía, únicamente tenía virtualidad hasta tanto se dictaran las normas reglamentarias previstas en el artículo 100.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, normas que se dictaron por medio del Real decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local, real decreto que, obviamente, no contemplaba la posibilidad de una promoción interna desde el Grupo C hasta el Grupo A, contrariamente a lo que establecía el superado artículo 169.2 del Real decreto legislativo 781/1986.

Por si fuera poco lo anterior, también la legislación autonómica, que en este punto no podía contradecir a la legislación básica estatal, tal y como antes hemos señalado, contempló la promoción interna como un procedimiento que permitía el paso de un grupo de titulación a otro del *inmediato* superior.

Así, y en lo que hace referencia, por ejemplo, a la Comunidad Autónoma de Extremadura, el artículo 58 del Decreto legislativo 1/1990, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de la función pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura, dispone en su apartado primero:

“La Junta de Extremadura facilitará la promoción interna de sus funcionarios, consistente en el ascenso desde cuerpos o escalas de un grupo de titulación determinado a otro del inmediato superior.”

4. La racionalización de la estructura de la función pública local

Para completar el cuadro normativo y adecuar la Escala de Administración General de las entidades locales a los nuevos principios sobre promoción interna, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, ha racionalizado la estructura de la función pública local y ha reformado, en consecuencia los artículos 167 y siguientes del Real decreto legislativo 781/1986. De esta forma, se introduce la Subescala de Gestión (Grupo B), como subescala intermedia entre la Técnica (Grupo A) y la Administrativa (Grupo C), y a la que pertenecerán “los funcionarios que realicen tareas de apoyo a las funciones de nivel superior” [artículo 168.1.b) del real decreto legislativo citado].

Por lo tanto, el último argumento al que acudían algunas entidades locales (argumento que, por cierto, no había evitado los pronunciamientos anulatorios por parte de la jurisprudencia, tal y como ya hemos visto) al convocar procesos selectivos por promoción interna desde la Subescala Administrativa (Grupo C) a la Subescala Técnica (Grupo A) y que era la inexistencia en la legislación vigente de una subescala intermedia (Grupo B) para la Administración local ha dejado de

tener sentido, como consecuencia de la creación de dicha subescala.

En consecuencia, con la situación normativa existente, la promoción interna desde la Subescala Administrativa (Grupo C) únicamente puede permitir el acceso a la Subescala de Gestión (Grupo B), pero en ningún caso resulta admisible una promoción interna *per saltum* hasta la Subescala Técnica (Grupo A).

5. El número de plazas reservadas a promoción interna: una inagotable fuente de conflictos

Al tratar el tema de la promoción interna en la Administración local no puede dejar de mencionarse otro de los aspectos que mayor litigiosidad ha suscitado desde hace tiempo, que no es otro que el conocer el porcentaje de plazas que puede reservarse para la promoción interna.

El artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública dispone:

“Las administraciones públicas seleccionan su personal ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.”

Este principio general, que enuncia como procedimiento ordinario de acceso al empleo público la convocatoria libre y no restringida, ha de matizarse con el propósito del legislador de facilitar la promoción interna de los funcionarios, que aparece regulada, como ya sabemos, en el artículo 22.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

Este último precepto citado, en su redacción anterior a la Ley 23/1988, de 28 de julio, establecía un cupo máximo del cincuenta por ciento de las plazas convocadas para la promoción interna:

“Las administraciones públicas facilitarán la promoción interna consistente en el ascenso desde cuerpos o escalas de grupo inferior a otros correspondientes de grupo superior. Los funcionarios deberán para ello poseer la titulación exigida y reunir los requisitos y superar las pruebas que para cada caso establezca el Ministerio de la Presidencia o el órgano competente de las demás administraciones públicas. En las respectivas convocatorias podrá reservarse para este tipo de promoción hasta un cincuenta por ciento de las vacantes convocadas.”

Coherente con lo anterior, el artículo 134.1 del Real decreto legislativo 781/1986, para los funcionarios de la Administración local, señalaba:

“Las convocatorias serán siempre libres. No obstante, podrán reservarse para promoción interna hasta un máximo del cincuenta por ciento de las plazas convoca-

das para funcionarios que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria.”

Posteriormente, la Ley 23/1988, de 28 de julio, como sabemos, dio una nueva redacción al artículo 22.1 de la Ley de medidas para la reforma de la función pública, suprimiendo la referencia al cincuenta por ciento de las plazas convocadas; reforma que igualmente habría de afectar, aunque no se modificara de manera expresa, a ese límite del cincuenta por ciento, que contenía el artículo 134.1 del Real decreto legislativo 781/1986.

Contrariamente al propósito del legislador, muchas entidades locales aprovecharon tal reforma para convocar la totalidad de las plazas ofertadas en el proceso selectivo mediante promoción interna, restringiendo así enormemente la posibilidad de acceso al empleo público por parte del resto de los ciudadanos. Ello dio lugar a multitud de pronunciamientos jurisprudenciales que vinieron a señalar que resultaba contrario al artículo 23 de la Constitución un proceso selectivo convocado de dicha manera. En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero y de 19 de noviembre de 1992, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 27 de abril de 1999, etcétera.

Las resoluciones antes citadas pusieron de manifiesto lo siguiente:

“Sometido constitucionalmente el acceso a la función pública a los principios de igualdad y a los de mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución) la ley mencionada ha consagrado el criterio general de que las administraciones públicas seleccionen a su personal a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre (artículo 19.1), pero al mismo tiempo ha ordenado que aquéllas faciliten la promoción interna, ahora sin límite legal expreso alguno, lo que llevado a su extrema consecuencia podría originar que se cerrara el acceso libre a los cuerpos o escalas con exigencia de titulación superior a la del certificado de escolaridad, porque todas las vacantes de aquéllas se reservasen a promoción interna, de modo que la total selección de funcionarios públicos tuviese siempre su origen en los cuerpos o escalas del grupo inferior, con independencia de que después, para ser promovido, sea necesario poseer, la titulación exigida para integrarse en el grupo superior. Esta situación haría que el criterio legal del acceso libre quedase tan evidentemente restringido, que sin duda acabaría lesionando los principios constitucionales de mérito y capacidad. Es por eso que la eventual contradicción que podría originarse entre los artículos 19.1 y 22.1 de la Ley 30/1984 debamos eliminarla mediante una racional interpretación de ambos preceptos y a la luz de los principios constitucionales. En este sentido es de notar que el criterio fundamental sobre el que se monta el sistema legal de selección del personal de las administraciones públicas es el de las pruebas libres, siendo éste además, el que mejor

extiende, en razón de su propia amplitud subjetiva, los citados principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito. Esto no excluye, sin embargo, que los mismos no se respeten en los casos de promoción interna, aun cuando ésta, por propia definición, alcance a menos sujetos. Por eso en la ley este sistema aparece como un simple mandato dirigido a ‘facilitarla’, nunca a sustituir plenamente a las formas ordinarias y obligadas de acceso, que son las libres. En este sentido, aunque se haya prescindido de fijar un expreso límite numérico a las vacantes susceptibles de ser reservadas a promoción interna en cada convocatoria, sin embargo la interpretación sistemática de la ley impone que no se desconozca en absoluto el principio general de las pruebas libres de acceso, de modo que en el conjunto de las convocatorias para determinadas escalas y cuerpos aparezcan suficientes plazas excluidas de la promoción interna como para que pueda aceptarse que aquel principio legal ha sido debidamente respetado.”

Por lo tanto, ante la inexistencia de unos límites cuantitativos en la legislación que aporten seguridad jurídica de cara a conocer qué porcentaje de las plazas convocadas puede reservarse a promoción interna y teniendo en cuenta la consolidada doctrina que acaba de exponerse, será necesario llevar a cabo, en cada caso concreto, una racional interpretación a la luz de los principios constitucionales para reservar, de una manera racional y respetuosa con el resto de los intereses públicos implicados, un número de plazas adecuado y no excesivo a promoción interna mediante porcentajes que se acomoden, en cada caso concreto y en virtud de las singularidades que puedan concurrir, a las exigencias constitucionales derivadas del artículo 23 de la Constitución y al principio general y prioritario de acceso al empleo público mediante pruebas libres y no restringidas. ■

La sección “Crónica de jurisprudencia” selecciona sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales de interés para quienes actúan en el ámbito local, con el objetivo de coadyuvar a mantener actualizados a los operadores jurídicos locales y de consolidar progresivamente una base de resoluciones jurisprudenciales (que será accesible desde la web de la Fundación Democracia y Gobierno Local), que permitan ayudar a resolver el amplio abanico de cuestiones con las que se enfrentan las administraciones locales. Ello explica que se recojan resoluciones sobre cuestiones cerradas, o aparentemente cerradas, juntamente con resoluciones novedosas, por el tema o por la doctrina jurisprudencial, o con resoluciones que confirman líneas jurisprudenciales de dudosa aplicación a la vista de las modificaciones normativas.

El objetivo es hacer la lectura de la jurisprudencia para los operadores jurídicos locales. Una lectura necesariamente sesgada que no debe olvidar que es mucha la información a la que aquellos operadores pueden acceder, que se dirige a atender las necesidades más generales y comunes, y que debe primar las sentencias que sistematizan la doctrina anterior delimitadora de líneas consolidadas de jurisprudencia. Ello conlleva que no se incluyan las resoluciones que no responden a las claves señaladas, y que la sección incluya en el futuro comentarios concretos de sentencias o líneas jurisprudenciales.

La sección se inició a 1 de enero de 2002 (QDL, 0) y en cada número se incluye, con carácter general, la selección de sentencias del período comprendido desde las de la última fecha del número anterior hasta las dictadas a seis meses del cierre de edición. Este período de seis meses permite acceder a bases de jurisprudencia lo suficientemente actualizadas y disponer de resoluciones del conjunto de jurisdicciones y órganos jurisdiccionales.

En este número se seleccionan sentencias dictadas desde el 1 de abril de 2004 hasta el 30 de agosto de 2004, salvo las del Tribunal Constitucional (por ser su publicidad casi inmediata), que se seleccionan del 1 de mayo de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2004.

Las sentencias seleccionadas, de todos los órdenes jurisprudenciales, ofrecen un amplio abanico de cuestiones muy diversas y añade el análisis de las sentencias seleccionadas desde la perspectiva de un concreto ámbito material (la contratación administrativa), con el título de “Comentarios a la jurisprudencia en materia de contratación de las administraciones públicas”. Esta sección se inserta en la “Crónica de jurisprudencia” y tiene por objeto analizar las sentencias de contratación de las administraciones públicas seleccionadas cada cuatrimestre de las distintas jurisdicciones. La finalidad es presentar de forma horizontal decisiones que afectan a la contratación pública y que han sido adoptadas desde perspectivas muy diversas, como son las del juez civil, las del contencioso-administrativo y las del comunitario.

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección han sido realizadas por Domènec Sibina Tomàs; la elaboración y redacción de las fichas de las sentencias de los distintos órganos jurisdiccionales, por Eva Arnal Arasa, y los comentarios en materia de contratación de las administraciones públicas, por Julia Fajardo García.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. Entrada en un domicilio paterno para proceder a la recogida, traslado e ingreso de menores en un centro de protección. Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

SUPUESTO DE HECHO

A finales de diciembre de 2000, el Instituto Madrileño del Menor y la Familia solicitó autorización para la entrada en el domicilio de los padres de A, que era donde residía con sus hijos menores de edad, con el fin de hacer efectivo el acuerdo que declaraba en situación de desamparo a los hijos de A y ejercer así su tutela e ingresarlos en un centro de protección.

Con el fin de notificar la mencionada resolución y proceder a la recogida, traslado e ingreso de los menores en un centro de protección, en octubre de 2000 la Comisión de Tutela del Menor se había personado en el domicilio de los abuelos maternos de los menores para hacerse cargo de ellos. La abuela de los niños negó el acceso al domicilio y no consintió que la referida comisión se hiciera cargo de los menores.

Posteriormente, por Auto de 2 de enero de 2001, un juzgado de lo contencioso-administrativo de Madrid autorizó la entrada en el domicilio solicitado. En el referido auto se señalaban los profesionales que debían llevar a cabo la ejecución del acto, que en la entrada deberían evitarse actuaciones ajenas a su objeto y que debían adoptarse las precauciones necesarias para no comprometer la reputación de los moradores y, en todo caso, respetar sus secretos e intimidad. También se acordó que, una vez realizada la entrada, el órgano administrativo autorizado debía dar cuenta a ese juzgado de haberla realizado y de cuantas incidencias se hubieran producido.

A finales de enero de 2001 la madre de los menores interpuso un recurso de apelación contra el auto por el que se acordaba la entrada en el domicilio, aduciendo que la actuación de la Administración no era conforme a Derecho al proceder a la ejecución forzosa del acto sin haber requerido previamente su cumplimiento, que la notificación de aquél era defectuosa y que la autorización judicial de entrada en domicilio infringía el derecho que consagra el artículo 18.2 de la CE.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó el auto, desestimó el recurso y confirmó el auto impugnado.

Ante ello, la recurrente interpuso un recurso de amparo, que fue estimado por el Tribunal Constitucional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La recurrente alegaba que la función que incumbía al juez de lo contencioso-administrativo en la ejecución administrativa como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no debía reducirse a la de un simple automatismo formal que dejara desprovista aquella función garantizadora de todo análisis valorativo, tanto sobre el acto de cobertura, como sobre el mismo procedimiento de ejecución forzosa que exige la entrada en domicilio y respecto de la eventual afectación de otros derechos fundamentales y libertades públicas derivadas de la ejecutoriedad del acto administrativo.

El Tribunal analizó si el auto por el que se autorizaba la entrada en el domicilio de los padres de la demandante de amparo, a efectos de proceder a la ejecución forzosa del acuerdo de tutela de los menores y la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de dicha capital, que confirmaba la referida resolución judicial, habían vulnerado el derecho fundamental de la recurrente en amparo a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la CE). La recurrente en amparo alegaba que el auto impugnado no cumplía las exigen-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.
Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 3371/2001
RESOLUCIÓN: 139/2004
FECHA: 13 de septiembre de 2004
PONENTE: D. Javier Delgado Barrio
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 18.2 de la CE
DOCTRINA: Entrada en un domicilio paterno para proceder a la recogida, traslado e ingreso de menores en un centro de protección. Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (FJ 1, 2, 3 y 4)

cias establecidas en la jurisprudencia constitucional al “[...] al carecer de cualquier referencia al período de duración y tiempo en que puede producirse la entrada” (FJ 1).

En este sentido, el Tribunal recordó que, como había declarado en anteriores ocasiones:

“[...] al juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse. Conviene advertir que esta doctrina, aunque se ha establecido en relación con el juez de instrucción, que era quien antes de la reforma efectuada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA), otorgaba este tipo de autorizaciones, resulta igualmente aplicable a los jueces de lo contencioso-administrativo, que son los ahora competentes para emitir aquéllas en los casos en los que ello sea necesario para la ejecución de los actos de la Administración pública (artículo 8.5 de la LJCA), pues, en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto.” (FJ 2)

Asimismo, éste señaló que:

“[...] la intervención judicial no tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, como ocurre en otros, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho. De ahí que, para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde, sea preciso que la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues sólo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio.” (FJ 2)

Así:

“[...] el juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el artículo 18.2 de la CE.” (FJ 2)

Por otra parte, el Tribunal recordó que con anterioridad había declarado que “han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración [...]”. Tales cautelas tienen como finalidad asegurar que no se restringe de modo innecesario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado de este derecho” (FJ 2).

Por tanto:

“[...] desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.” (FJ 2)

Entrando en el caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

“[...] el órgano judicial no ha exteriorizado, como resulta constitucionalmente exigible, la ponderación de los distintos derechos o intereses que pueden verse afectados: su contenido, de carácter genérico, podría utilizarse para casos muy diferentes, pues no recoge ninguno de los datos concretos que individualizan la situación que reclama la entrada domiciliaria.” (FJ 3)

Por otra parte, el Tribunal señaló que:

“No se hace ninguna referencia a las exigencias propias de la inviolabilidad del domicilio, por un lado, y a las notas definidoras del interés de los menores, por otro, sin que [...] se haya razonado ni siquiera mínimamente respecto de la inexistencia de otros medios que siendo bastantes para la efectividad de la medida fueran menos gravosos para el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 de la CE.” (FJ 3)

Por tanto:

“[...] la autorización otorgada no puede considerarse que cumpla la función de garantía que constitucionalmente le corresponde.”

Según el tribunal ello implicaba la necesidad de “apreciar la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la CE)” (FJ 3).

En lo que se refiere al alcance del otorgamiento del amparo, el Tribunal consideró que en contra de lo que consideraba la

demandante, no podía “[...] dar lugar a la devolución de los menores al domicilio del que fueron trasladados, ya que tal actuación es ajena al ámbito de protección que garantiza el artículo 18.2 de la CE” (FJ 4).

Al respecto, el Tribunal advirtió que la resolución por la que se asumía la tutela por la Comunidad de Madrid y se acordaba su ingreso en un centro de protección “[...] no es objeto de la impugnación propia de este amparo, sin que los defectos en los que se haya podido incurrir en su ejecución repercutan sobre la situación jurídica declarada por el referido acto administrativo que, dadas las circunstancias del presente caso, no se ve afectada por la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio que como consecuencia de su ejecución se ha causado a la recurrente en amparo” (FJ 4).

Asimismo, el Tribunal advirtió que:

“[...] ha de tenerse en cuenta que el informe de la trabajadora social pone de relieve la existencia de malos tratos a los menores en el domicilio familiar, sobre todo al mayor, D., de 8 años, que presenta una minusvalía síquica del 48 por 100 y del que constan partes médicas de lesiones.”

Por ello, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“[...] nuestro pronunciamiento, [...] ha de ser puramente declarativo, con anulación de las resoluciones impugnadas, sin extenderlo al reintegro de aquéllos al domicilio familiar: nuestra respuesta ha de tener en cuenta no sólo las exigencias del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino también el interés de los menores.” (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso de amparo, reconociendo la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y declaró la nulidad del auto impugnado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre las garantías que ha de revestir la autorización judicial de entrada en domicilio para la ejecución de un acto administrativo, ver las siguientes sentencias: STC de 29 de mayo de 2000 (Aranzadi 2000/136); STC de 26 de abril de 1999 (Aranzadi 1999/69); STC de 14 de octubre de 1997 (Aranzadi 1997/171); STC de 23 de febrero de 1995 (Aranzadi 1995/50), y STC de 14 de mayo de 1992 (Aranzadi 1992/76).

Tribunal Constitucional. Incumplimiento de la obligación de identificación del conductor responsable de una infracción al no haber facilitado el titular del vehículo el número del DNI o de la licencia de conducir del infractor. Derecho fundamental a la legalidad sancionadora

SUPUESTO DE HECHO

El jefe del Departamento de Gestión Integral de Multas de Circulación del Ayuntamiento de Madrid notificó a la titular de un vehículo que había sido denunciado el estacionamiento indebido del mismo. En la misma notificación se indicaba que en caso de no haber sido el conductor responsable de la infracción, estaba obligado a la identificación del mismo, a cuyo efecto debería cumplimentar en el plazo de quince días hábiles el apartado correspondiente del escrito remitido, advirtiéndole que “La omisión de cualquiera de los datos requeridos impedirá su identificación, incurriendo Vd. como titular, caso de incumplimiento, en la responsabilidad prevista en el artículo 72 del Real decreto legislativo 339/1990 como autor de falta grave, sancionada con multa de hasta 50.000 pesetas”.

En el escrito remitido existía un recuadro destinado a indicar los datos del conductor con espacios para consignar su nombre, sus apellidos, su número del permiso de conducir, su domicilio, población, código postal y provincia. Dicho impreso fue

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.
Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo
núm. 6667/2000

RESOLUCIÓN: 111/2004

FECHA: 12 de julio de 2004

PONENTE: D. Roberto García-Calvo y Montiel

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 25.1 de la CE

DOCTRINA: Incumplimiento de la obligación de identificación del conductor responsable de una infracción al no haber facilitado el titular del vehículo el número del DNI o de la licencia de conducir del infractor. Derecho fundamental a la legalidad sancionadora (FJ 3, 4 y 5)

devuelto por la titular del vehículo, indicándose la expresión del nombre, apellidos y domicilio de la persona que, según aquella, condujo su vehículo, pero sin indicar el número del permiso de conducir de dicha persona.

La ausencia del dato indicado dio lugar a que el Ayuntamiento de Madrid abriera un expediente sancionador contra la titular del vehículo por incumplimiento de la obligación de identificar al conductor. En su defensa, la titular del vehículo negó haber vulnerado norma alguna, al haber puesto en conocimiento del Ayuntamiento los datos del conductor que le eran conocidos, sin que tuviera obligación de facilitar otros desconocidos para ella. A pesar de ello, el Ayuntamiento impuso a la titular del vehículo una multa de 50.000 pesetas.

Contra dicha resolución, la sancionada interpuso un recurso contencioso-administrativo, alegando la vulneración del derecho fundamental del artículo 25 de la CE, que establece que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa, alegando que “[...] la legislación vigente no establece que la falta de aportación del permiso de conducir del supuesto infractor por parte del titular del vehículo sea una infracción administrativa; ésta consiste en el incumplimiento de la obligación de identificar, obligación que había cumplido”. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso.

Frente a ello, la recurrente interpuso recurso de amparo, invocando nuevamente la vulneración del derecho fundamental mencionado.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, reconociendo el derecho a la legalidad sancionadora de la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó si efectivamente se había producido la vulneración del derecho fundamental invocado. Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

“La posibilidad de que se produzca una vulneración del artículo 25.1 de la CE como consecuencia de las pautas interpretativas empleadas para la subsunción de la conducta en el tipo de la infracción ha sido expresamente contemplada por este Tribunal, cuya doctrina al respecto hemos sintetizado en la STC 196/2002, de 28 de octubre.” (FJ 3)

Así, entrando en la jurisprudencia al respecto, el Tribunal advirtió que:

“[...] no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada; son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios.” (FJ 3)

En este sentido, el Tribunal recordó que, en una sentencia:

“‘A fin de aplicar el canon descrito en este fundamento jurídico’, dijimos en la STC 151/1997 [...] ‘Debe partirse, en principio, de la motivación explícita contenida en las resoluciones recurridas, de forma que cabrá apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora tanto cuando se constata una aplicación extensiva o análoga de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación releve que se ha producido dicha extensión.’” (FJ 3)

Entrando en el caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

“No existe en el expediente administrativo constancia de actuación administrativa alguna tendente a comunicar con la

persona identificada por la demandante que se hubiera frustrado por el desconocimiento del número de dichos documentos, lo que revela que, al menos en las circunstancias del caso, la escueta motivación del acto administrativo no responde a una argumentación lógica que permitiera subsumir la conducta de la recurrente en el tipo aplicado, toda vez que ni la norma exigía expresamente que se facilitaran esos concretos datos ni, conforme a los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica, cabe extraer tal exigencia del tenor de la misma, una vez que se había indicado a la Administración el nombre, dos apellidos y domicilio del conductor, lo que, en principio y sin que las circunstancias concurrentes permitieran presumir otra cosa, parece, por una parte, que supone una respuesta congruente con el deber de identificar a una persona impuesto en la Ley de seguridad vial y, por otra, que es suficiente con la finalidad de la exigencia legal, que es la de permitir a la Administración dirigir eventualmente contra esa persona un procedimiento sancionador.” (FJ 4)

Por otra parte:

“Tampoco lo sentencia suministra una motivación jurídica concreta y cognoscible que permita calificar de razonable la subsunción de los hechos en el precepto aplicado como fundamento de la sanción impuesta.” (FJ 5)

En este sentido, el Tribunal advirtió que:

“[...] ni en la base octava de la Ley 18/1989, de 25 de julio, ni en el fundamento jurídico 8 de nuestra STC 197/1995, de 21 de diciembre, se encuentra apoyo argumental alguno para sustentar que al titular de un vehículo a motor impone el artículo 72.3 de la LSV sólo puede considerarse cumplido cuando aquél comunica a la Administración, además del nombre, apellidos y domicilio del conductor, el número de su permiso o licencia de conducción, y que, en otro caso, es procedente la imposición de la correspondiente sanción por la comisión de la infracción grave que dicho precepto tipifica.” (FJ 5)

Por tanto:

“Ni con la resolución sancionadora ni con la sentencia contencioso-administrativa posterior cabe, pues, discernir un fundamento razonable para subsumir la conducta de la recurrente —la falta de comunicación a la Administración del número del permiso de conducción de la persona que se servía de su vehículo— en la infracción administrativa tipificada en el artículo 72.3 de la LSV por la que resultó sancionada.” (FJ 5)

Dicho lo anterior, y en relación con los derechos fundamentales, el Tribunal señaló que:

“[...] la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico refuerza el deber de motivación de las sentencias cuando se invoca la vulneración de uno de ellos, como aconteció en este caso, de forma que ‘todo motivo de recurso atinente a un derecho fundamental que se estime conculcado por la resolución impugnada debe ser resuelto expresamente’, por lo que no es posible una motivación tácita [...]. La necesidad de motivación debe vincularse aquí, por el contrario, con el derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la CE.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal advirtió que:

“Cuando, como sucede en el supuesto que enjuiciamos, la ausencia o insuficiencia de motivación revelen una aplicación extensiva o análoga de la norma sancionadora, con la consecuente falta de un fundamento jurídico cognoscible para la sanción, aquella ausencia o insuficiencia deja de ser una infracción formal reparable con una nueva para convertirse en una vulneración del artículo 25.1 de la CE, sólo reparable con la anulación definitiva de la sanción [...] que es el pronunciamiento procedente en este caso.” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal concedió el amparo solicitado, declarando la nulidad del decreto del alcalde presidente del

Ayuntamiento de Madrid y la resolución del concejal del Área de Hacienda y Economía del mencionado Ayuntamiento por la que se sancionaba a la demandante, así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la aplicación de las normas sancionadoras en el marco del principio de legalidad penal, ver las siguientes sentencias: STC de 30 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/129); STC de 15 de noviembre de 2000 (Aranzadi 2000/273); STC de 29 de septiembre de 1997 (Aranzadi 1997/151); STC 151/1997, de 29 de septiembre (Aranzadi 1997/151) (FJ 4); STC 236/1997, de 22 de diciembre (Aranzadi 1997/236) (FJ 3); STC 133/1987, de 21 de julio (Aranzadi 1987/133) (FJ 5); STC 137/1997, de 21 de julio (Aranzadi 1997/137) (FJ 7); STC 151/1997, de 29 de septiembre (Aranzadi 1997/151) (FJ 4); STC 64/2001, de 17 de marzo (Aranzadi 2001/64) [FJ 4.a)]; STC 137/1997, de 21 de julio (Aranzadi 1997/137)

(FJ 7); STC 151/1997, de 29 de septiembre (Aranzadi 1997/151) (FJ 4); STC 161/1997, de 2 de octubre (Aranzadi 1997/161) (FJ 12); STC 42/1999, de 22 de marzo (Aranzadi 1999/42) (FJ 4); STC 87/2001, de 2 de abril (Aranzadi 2001/87) (FJ 8), y STC 151/1997, de 29 de septiembre (Aranzadi 1997/151) (FJ 4).

Aceptando la legitimidad de la motivación de las sentencias por remisión, ver las siguientes sentencias: STC 7/2004, de 9 de julio (Aranzadi 2004/7) (FJ 5); STC 115/2003, de 17 de julio (Aranzadi 2003/115) (FJ 8); STC 116/1998, de 2 de junio (FJ 5); STC 127/2000, de 16 de mayo (Aranzadi 2000/127) (FJ 3).

Declarando que la validez de la remisión, siempre que el Tribunal haya tomado en cuenta los argumentos de los recurrentes, dependerá de que la resolución o acto al que se defiera la motivación resuelva, a su vez, fundadamente la cuestión planteada, ver las siguientes sentencias: STC 11/1995, de 16 de enero (Aranzadi 1995/11) (FJ 5), y STC 116/1998, de 2 de junio (Aranzadi 1998/116) (FJ 5).

Tribunal Constitucional. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la libertad sindical. Legitimación activa de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo

SUPUESTO DE HECHO

En 1999, la Tesorería General de la Seguridad Social convocó tres concursos abiertos con el objetivo de contratar "apoyo técnico informático para cubrir las necesidades que en el entorno de los servicios generales tiene el Centro de Control de Recaudación (en adelante, de la CENDAR) [...] el mismo apoyo con el fin de cubrir las necesidades que en las aplicaciones relativas a los diversos tratamientos a realizar sobre los documentos TC1 tiene el de la CENDAR" y "para contratar el mismo apoyo para cubrir las necesidades que en las aplicaciones relativas a los diversos tratamientos a realizar sobre los documentos TC2 tiene el de la CENDAR", respectivamente. Posteriormente, se abrió un cuarto concurso, relativo a la contratación de asistencia técnica para la Gerencia de Informática de la Seguridad Social (GISS).

Dichas resoluciones fueron impugnadas por un sindicato, por entender que se infringía el artículo 197 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, al incurrirse en desviación de poder, pues, a juicio del sindicato, su objeto excedía del ámbito del contrato de asistencia técnica y, además, con ellas se infringían las normas de acceso a la función pública.

El juzgado central de lo contencioso-administrativo correspondiente acordó inadmitir el recurso, por entender que la demandante carecía de legitimación activa del sindicato demandante. Contra dicha resolución, el recurrente interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Ante ello, el recurrente interpuso un recurso de amparo, denunciando la vulneración de los artículos 24 y 28 de la CE, que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la libertad sindical. En este sentido, la organización demandante consideraba que las resoluciones judiciales citadas habían lesionado su derecho a obtener un pronunciamiento sobre el fondo del recurso planteado, al apreciar que carecía de legitimación activa para la impugnación de los actos recurridos pese a tratarse de una cuestión que tiene notable incidencia en el ámbito de su actuación sindical.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, reconociendo el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva, anulando las sentencias impugnadas y retro trayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de la Audiencia Nacional, con plenitud de jurisdicción

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 2685/2000

RESOLUCIÓN: 112/2004

FECHA: 12 de julio de 2004

PONENTE: D. Roberto García-Calvo y Montiel

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 24 y 28 de la CE, y artículo 197 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas

DOCTRINA: Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la libertad sindical. Legitimación activa de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo (FJ 2, 3, 4 y 5)

pero con reconocimiento del derecho fundamental reconocido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal recordó que la cuestión de la legitimidad de los sindicatos ante la jurisdicción contencioso-administrativa ya había sido estudiada con anterioridad. Antes de entrar sobre esta cuestión, el Tribunal advirtió que:

"[...] aun cuando la organización recurrente en amparo aduce la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24.1 y 28.1 de la CE, en realidad será suficiente a los fines del presente recurso de amparo con abordar la cuestión desde la perspectiva del primero de los derechos mencionados, pues de su vulneración o no derivará, como consecuencia inmediata, la del artículo 28.1 de la CE, al formar el derecho a la tutela judicial efectiva parte del contenido de la acción institucional del sindicato." (FJ 2)

En relación con la legitimación procesal, el Tribunal señaló que:

"[...] la apreciación de cuándo concurre un interés legítimo, y por ende legitimación activa para recurrir en vía contencioso-administrativa, es, en principio, cuestión de legalidad ordi-

naria que compete a los órganos judiciales ex artículo 117.3 de la CE.” (FJ 3)

Con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal indicó que:

“[...] el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución de fondo, ello no impide que el derecho también se satisfaga cuando la resolución es de inadmisión, siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debiendo el razonamiento responder a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución.” (FJ 3)

Sentado lo anterior, el Tribunal se centró en la legitimación activa de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo, que el Tribunal resumió en los siguientes puntos.

En primer lugar, advirtió que:

“Debemos partir, en primer lugar, de un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario [...]. Cuando la Constitución y la ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *ut singulus*, sean de necesario ejercicio colectivo [...]. ‘Por esta razón, es posible reconocer en principio legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores’ [STC 210/1994, de 11 de julio (Aranzadi 1994, 210), F 3]. Queda así clara ‘la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores’ [...]” (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal advirtió que:

“[...] desde la STC 101/1996, de 11 de junio (Aranzadi 1996, 101), venimos exigiendo que esta genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos, reconducible a su relevancia constitucional, se proyecte de un modo particular sobre el objeto de los recursos que entablen ante los tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada. Y ello porque, [...] ‘la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer’.” (FJ 4)

Por tanto:

“[...] la legitimación procesal del sindicato en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en cuanto aptitud para ser parte en un proceso concreto o *legitimatio ad causam*, ‘ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico; interés que ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico [...]. Interés que, doctrinal y jurisprudencialmente, viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial’ [...]” (FJ 4)

Por último, en cuanto a los requisitos, el Tribunal indicó que:

“[...] para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado ‘función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores’ [...]. Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico

derivado de la eventual estimación del recurso entablado [...]” (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal analizó si en el caso estudiado se podía entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, al no reconocer la legitimación del sindicato para recurrir los concursos convocados por la Tesorería General de la Seguridad Social.

Al respecto, el Tribunal entendió que “el interés legítimo del sindicato resulta claramente identificable en el presente asunto”. En este sentido, el Tribunal señaló que:

“[...] para apreciar el interés profesional o económico exigido, la actividad de los sindicatos, realizada de acuerdo con los fines que éstos tienen constitucionalmente encomendados, debe estar en conexión con el concreto objeto del proceso contencioso-administrativo.” (FJ 5)

El Tribunal entendió que se había incurrido en desviación de poder, pues:

“[...] al exceder el objeto perseguido del ámbito de un contrato de asistencia técnica, así como las normas que regulan el ingreso en la función pública) está en conexión con la finalidad que legítimamente persiguen los sindicatos (la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores) y, por tanto, con lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado interés profesional o económico. La razón de esta conexión, que puede sintetizarse en el interés de los empleados públicos en que los servicios de apoyo informático que se pretenden contratar al exterior sean realizados por empleados públicos, no radica sólo en el interés general y abstracto del sindicato en defender la legalidad de los procedimientos utilizados por la Tesorería General de la Seguridad Social para la cobertura de sus necesidades, sino que se materializa en un interés específico en razón a la ventaja o utilidad que obtendría el sindicato recurrente en caso de prosperar el recurso contencioso-administrativo y que sería extensible a todos y cada uno de sus afiliados, así como, en general, al personal de la Tesorería.” (FJ 5)

Asimismo, el Tribunal indicó que:

“[...] una, si no la única, de las alternativas con que contaría la Tesorería General de la Seguridad Social –supuesta la necesidad irrenunciable de los servicios afectados– sería la de recurrir a la afectación de trabajadores propios para la cobertura de tales servicios, bien mediante medidas de promoción o movilidad interna de trabajadores ya vinculados a la Tesorería, bien mediante la incorporación de nuevos trabajadores a través de los procedimientos específicos del acceso al empleo público.” (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal advirtió que:

“El que una materia forme parte de la potestad organizativa de la Administración no la excluye *per se* del ámbito de la actividad sindical, pues tal exclusión no sería acorde con la apreciación del ‘interés económico o profesional’ cuya defensa se confía a los sindicatos, tal y como ha sido reconocido por este Tribunal en casos similares al que ahora se plantea.” (FJ 5)

En este sentido, el Tribunal señaló que:

“[...] el hecho de que un acto sea manifestación de la potestad organizativa de la Administración ‘poco o nada explica sobre la existencia o inexistencia de legitimación procesal’, porque poco o nada dice de la titularidad de intereses legítimos del sindicato [...]. Pues, en efecto, que las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización queden excluidas de la obligatoriedad de la negociación colectiva en el sistema regulado por la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas (en adelante LORAP, artículo 34.1), no significa que no tengan repercusión sobre las condi-

ciones de trabajo, como lo prueba la propia ley al someter en ese caso tales decisiones a la consulta de las organizaciones sindicales (artículo 34.2 de la LORAP).” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal consideró que la organización sindical estaba legitimada para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social consideradas, al ostentar un interés legítimo constitucionalmente protegido. Por consiguiente, el Tribunal admitió la demanda de amparo, según se ha indicado en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la aplicación del principio *pro actione* en el acceso a la jurisdicción, ver las siguientes sentencias: STC de 14 de enero de 2004 (RTC 2004/3); STC de 15 de diciembre de 2003 (Aranzadi 2003/220); STC de 1 de diciembre de 2003 (Aranzadi 2003/203); STC 88/1997, de 5 de mayo (Aranzadi 1997/88) (FJ 2); STC 252/

2000, de 30 de octubre (Aranzadi 2000/252) (FJ 2); STC 188/2003, de 27 de octubre (Aranzadi 2003/188) (FJ 4), y STC de 3/2004, de 14 de enero (Aranzadi 2004/3) (FJ 3).

Sobre la legitimación de los sindicatos para interponer recursos contencioso-administrativos, ver las siguientes sentencias: STC de 26 de marzo de 2001 (RTC 2001/84); STC de 29 de enero de 2001 (Aranzadi 2001/24); STC de 15 de enero de 2001. (Aranzadi 2001/7); STC de 11 de junio de 1996 (Aranzadi 1996/101); STC 210/1994, de 11 de julio (Aranzadi 1994/210); STC 70/1982 (Aranzadi 1982/70) (FJ 3); STC 70/1982 (Aranzadi 1982/70); STC 37/1983 (Aranzadi 1983/37); STC 59/1983 (Aranzadi 1983/59); STC 187/1987 (Aranzadi 1987/187); STC 217/1991 (Aranzadi 1991/217); STC 210/1994, de 11 de julio (Aranzadi 1994/210) (FJ 3); STC 7/2001, de 15 de enero (Aranzadi 2001/7) (FJ 5); STC 97/1991 (Aranzadi 1991/97) (FJ 2); STC 7/2001, de 15 de enero (Aranzadi 2001/7) (FJ 5), y STC 24/2001, de 29 de enero (Aranzadi 2001/24) (FJ 5).

Tribunal Constitucional. Negativa de subinspector de policía de acompañar a hermandad religiosa. Derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto

SUPUESTO DE HECHO

Un subinspector del Cuerpo Nacional de Policía destinado en Sevilla en la Unidad Especial de Caballería, conocedor de que anualmente se disponía la comisión de servicio de un cierto número de miembros de la misma a la ciudad de Málaga, para acompañar durante la estación de penitencia a la Hermandad Sacramental de Nuestro Padre Jesús El Rico, dirigió un escrito al inspector jefe de aquella, solicitando que, en el supuesto de que le correspondiera en la Semana Santa de 1998, se le dispensara de tener que asistir a dichos actos religiosos, por considerar que, de obligarle a estar presente, se lesionaría su derecho a la libertad religiosa, reconocido en el artículo 16.1 de la CE.

Respondiendo a la solicitud indicada, el inspector mencionado indicó que la participación del desfile procesional tenía el fin de garantizar el normal funcionamiento del acto, advirtiéndose que la presencia de dicha unidad en el desfile profesional debía considerarse como un servicio, y no como una asistencia a un culto religioso, y que los sentimientos religiosos no podían aducirse en el ámbito laboral a la hora de prestar un servicio, cuya actividad no es ejecutar actos propios de una determinada confesión, sino velar por el orden y seguridad del desarrollo del acto. Por ello el Inspector resolvió que el solicitante no quedaría eximido, si fuese designado de la obligación de realizar el servicio indicado.

Tras ser designado para ello, el subinspector acudió a prestar el servicio, si bien interpuso recurso de alzada contra el acuerdo por el que se le designaba y contra la resolución denegatoria de ésta, que también fue desestimada. Ante ello, el subinspector interpuso recurso contencioso-administrativo, recurso que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que entendió que la actuación de la unidad a la que pertenecía el recurrente, en la procesión referida, había sido un servicio policial prestado en un acto religioso que, como tal servicio, realizado en su condición de funcionario del Cuerpo Superior de Policía, no atentaba al derecho fundamental de libertad religiosa ni a la doctrina constitucional sobre el mismo.

Frente dicha resolución, el recurrente interpuso recurso de amparo, invocando nuevamente la vulneración del derecho fundamental a que se ha hecho referencia.

El Tribunal Constitucional otorgó parcialmente el amparo, anulando las resoluciones de la Dirección General de la Policía

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 2563/2002

RESOLUCIÓN: 101/2004

FECHA: 2 de junio de 2004

PONENTE: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

VOTO PARTICULAR: D. Roberto García-Calvo y Montiel

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 16.1 de la CE

DOCTRINA: Negativa de subinspector de policía de acompañar a hermandad religiosa. Derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto (FJ 3, 4 y 5)

y la del comisario jefe de la Brigada Provincial de Sevilla, y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, desestimando la demanda en todo lo demás.

El magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel formuló un voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En los fundamentos de derecho, el Tribunal analizó el contenido del derecho a la libertad religiosa, advirtiendo que:

“[...] la Constitución española reconoce la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades, ‘sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley’ (artículo 16.1 de la CE).” (FJ 3)

En relación con dicho derecho, el Tribunal señaló que:

“En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el artículo 16.3 de la CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, insita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias [...]” (FJ 3)

Por su parte, el Tribunal señaló que:

“En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa.” (FJ 3)

En relación con su dimensión externa, el Tribunal señaló que: “La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, ‘en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso’.” (FJ 3)

Entrando en el caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

“[...] en el litigio que nos ocupa el recurrente pretendía hacer valer la vertiente negativa de la libertad religiosa frente a lo que consideraba un acto ilegítimo de intromisión en su esfera íntima de creencias, y por el que un poder público, incumpliendo el mandato constitucional de no confesionalidad del Estado (artículo 16.3 de la CE), le habría obligado a participar en un acto, que estimaba de culto, en contra de su voluntad y convicciones personales.” (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

“[...] un servicio de las características del que aquí nos ocupa –unidad de caballería, uniformidad de gala, armas inusuales como sables y lanzas, etc.– no es un servicio policial ordinario que tenga por objeto cuidar de la seguridad del desfile procesional; servicio que, por otra parte, no se presta con estas características a otras hermandades. Se trata, más bien, de un servicio especial cuyo principal finalidad no es garantizar el orden público, sino contribuir a realzar la solemnidad de un acto religioso de la confesión católica, como es la procesión de la hermandad tantas veces citada.” (FJ 4)

Por ello, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“Alcanzado el convencimiento de que ésta es la naturaleza del caso, son claras las implicaciones de tipo religioso de la participación en dicho servicio, implicaciones que fundamentan sobradamente la negativa de quien no profese la religión católica a tomar parte en manifestaciones de culto de dicha religión, como es desfilar procesionalmente.” (FJ 4)

A continuación, el Tribunal procedió a examinar la segunda de sus pretensiones, relativa a la nulidad del vínculo que unía al Cuerpo Nacional de Policía con la Hermandad Sacramental de Nuestro Padre Jesús El Rico, de Málaga.

Como señaló el Tribunal:

“Tal pretensión se dirige, por tanto, contra el artículo 106 de los estatutos de ‘La Real, Excelentísima, muy Ilustre y Venerable Cofradía de Culto y Procesión de Nuestro Padre Jesús Nazareno bajo la advocación de El Rico y María Santísima del Amor’ (aprobados por el Obispado de Málaga el día 4 de mayo de 2000), en el que se dispone que ‘son hermanos de esta cofradía el Cuerpo de Instituciones Penitenciarias y el Cuerpo Nacional de Policía’.” (FJ 5)

El Tribunal consideró que:

“[...] la disposición transcrita no es imputable a un poder público, por lo que nada puede pretenderse contra ella a través de un recurso de amparo [...] independientemente de que el eventual acto de aceptación pueda ser impugnado en la vía procedente.”

En virtud de lo expuesto, el Tribunal otorgó parcialmente el amparo, según se ha indicado en el apartado anterior.

VOTO PARTICULAR

El magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel formuló un voto particular por disentir parcialmente del parecer mayoritario.

El magistrado advirtió entendió que:

“[...] aun cuando considerara que la participación del actor en la procesión obedecía a razones de representación institucional del Cuerpo Nacional de Policía en este acto, debió respetar el principio de voluntariedad en la asistencia y, por

tanto, atender a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa.”

Sin embargo, el magistrado consideró que:

“[...] antes de llegar a esta conclusión, se hubiera debido analizar, como presupuesto o *prius* lógico, la cuestión de si la condición de hermano de esta cofradía que ostenta el Cuerpo Nacional de Policía es respetuosa con el derecho a la libertad religiosa, *ex* artículo 16.3 de la CE. Y de acuerdo, con la doctrina que establecimos en la STC 177/1996, debíamos haber reiterado que el artículo 16.3 de la CE no impide a los poderes públicos la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza por razones de representacional institucional, sin perjuicio de que, vinculados por el mandato de neutralidad en esta materia del artículo 16.3 de la CE, y respetuosos a su vez del derecho de libertad religiosa de los ciudadanos, deben garantizar siempre y en todo caso el principio de voluntariedad en la asistencia, en tanto que expresión legítima de este derecho.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el reconocimiento de la libertad religiosa, ver la siguiente sentencia: STC 154/2002, de 18 de julio (Aranzadi 2002/154). Sobre su dimensión objetiva: STC 46/2001, de 15 de febrero (Aranzadi 2001, 46) (FJ 4); STC 340/1993, de 16 de noviembre (Aranzadi 1993/340); STC 177/1996, de 11 de noviembre (Aranzadi 1996/177), y STC 177/1996, de 11 de noviembre. Sobre su dimensión subjetiva: STC 177/1996, de 11 de noviembre (Aranzadi 1996/177) (FJ 9); STC 19/1985, de 13 de febrero (Aranzadi 1985/19) (FJ 2); STC 120/1990, de 27 de junio (Aranzadi 1990/120) (FJ 10); STC 137/1990, de 19 de julio (Aranzadi 1990, 137) (FJ 8); STC 46/2001, de 15 de febrero (Aranzadi 2001/46) (FJ 4); STC 24/1982, de 13 de mayo (Aranzadi 1982/24), y STC 166/1996, de 28 de octubre (Aranzadi 1996/166). Sobre la dimensión externa de la libertad religiosa: STC 46/2001, de 15 de febrero (Aranzadi 2001/46).

Tribunal Constitucional. Cese del lugar de trabajo y traslado de un funcionario que ostenta la condición de delegado de personal sin aportarse documento que lo justifique por la Administración. Derecho a la libertad sindical

SUPUESTO DE HECHO

El Pleno del Ayuntamiento de Murcia aprobó la modificación de la estructura orgánica interna de la Gerencia de Urbanismo. Apoyándose en dicho acuerdo, la gerencia mencionada acordó el cese del jefe del Servicio Técnico de Intervención Urbanística. El funcionario cesado ostentaba la condición de delegado de personal del Ayuntamiento. En relación con el cese, se consultó a la Junta de Personal, que emitió un informe desfavorable al cese, en considerarse que no había ninguna causa para proceder al traslado y que únicamente podía obedecer a una persecución por razón del cargo que ocupaba como miembro de la Junta de Personal.

Posteriormente, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento acordó reintegrar al trabajador cesado a la plantilla de personal funcionario del Ayuntamiento, adscribiéndolo al lugar de jefe de servicio (arquitecto), con el código catálogo de puesto 1526, adscrito a la oficina técnica de arquitectura, en tanto que el interesado no obtuviese un puesto de carácter definitivo mediante el procedimiento reglamentario correspondiente.

Contra dicho acuerdo, el trabajador mencionado interpuso recurso contencioso-administrativo, solicitando que se declarasen nulos los acuerdos y se ordenara el reintegro del trabajador en el puesto que ocupaba con anterioridad.

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia desestimó el recurso.

Contra la mencionada resolución, el recurrente interpuso recurso de amparo, que fue desestimado por el Tribunal Constitucional, con el voto particular del magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba que la resolución impugnada vulneraba su derecho a la libertad sindical, en la medida que su cese inicial del puesto de trabajo en la Oficina Técnica de Arquitectura se debió a su condición de delegado de personal y miembro de la Junta de Personal. El recurrente consideraba que había suficientes indicios racionales para llegar a la conclusión mencionada y que, por el contrario, la Administración solo había invocado su potestad de autoorganización y la discrecionalidad en el cese de un puesto de libre designación.

En relación al derecho a la libertad sindical, el Tribunal recordó que en éste:

“[...] se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una garantía de indemnidad [STC 87/1998, de 21 de abril (RTC 1998, 87)], por lo que el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical [...]” (FJ 3)

A continuación el Tribunal hizo referencia a la jurisprudencia relativa a la distribución de la carga de prueba en caso de una posible vulneración del derecho a la libertad sindical “para garantizar el derecho fundamental frente a posibles decisiones empresariales que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales” (FJ 3). Al respecto, recordó que para que este se invirtiera en favor del trabajador era necesario un principio de prueba. Sobre esta cuestión, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] Para ello no basta una mera alegación o la afirmación del actor tildándolo de discriminatorio, sino que ha de acreditar la

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda.
Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 3391/2002

RESOLUCIÓN: 79/2004

FECHA: 5 de mayo de 2004

PONENTE: D. Eugeni Gay Montalvo

VOTO PARTICULAR: D. Vicente Conde Martín de Hijas

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 21.1 de la CE

DOCTRINA: Cese del lugar de trabajo y traslado de un funcionario que ostenta la condición de delegado de personal sin aportarse documento que lo justifique por la Administración. Derecho a la libertad sindical (FJ 3, 4 y 5)

existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad.” (FJ 3)

Por otro lado:

“[...] como segundo elemento, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios [...] sin que ello suponga situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales [...]. Se trata, pues, de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar al juzgador a la convicción de que las causas alegadas motivaron la decisión de forma razonable y ajena a todo propósito atentatorio al derecho fundamental.” (FJ 3)

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar si efectivamente el recurrente había aportado suficientes datos indiciarios que permitieran sospechar que la Administración había podido actuar de un modo atentatorio contra el derecho fundamental invocado “a fin de que posteriormente pueda determinarse si el cese ha obedecido no a razones estrictamente organizativas de los servicios públicos”.

Al respecto, el Tribunal indicó lo siguiente:

“La sentencia impugnada apoyó básicamente la desestimación del recurso contencioso-administrativo en el incumplimiento del recurrente de amparo de la carga probatoria, incluso meramente alegatoria, respecto al panorama indiciario de discriminación tanto en relación con el hecho de que el cese hubiera podido venir motivado por su condición de delegado de personal y miembro de la Junta de Personal, como en relación al posterior traslado. Para la sentencia, en definitiva, no constaría acreditado el panorama indiciario exigible por entender que el cese es discrecional al tratarse de un puesto de libre designación y porque, además en el caso concreto, se encontraba motivado al basarse en una modificación de la estructura organizativa de la Gerencia de Urbanismo sin que, a juicio del juzgador, se haya siquiera alegado que pudiera tener como causa el ejercicio por el actor de las funciones que le competen como

representante de los funcionarios. En cuanto al traslado, entiende que no hay vulneración alguna por cuanto lo que esta prohibido es el traslado que impida las funciones de representación y, se dice, no se ha alegado ni argumentado que el traslado guarde relación con que se le haya impedido su ejercicio.” (FJ 4)

Sin embargo, el Tribunal no estuvo de acuerdo con el planteamiento del tribunal de instancia. Al respecto, declaró lo siguiente:

“[...] las razones que alega la sentencia para rechazar que el actor haya alegado y aportado indicios de antisindicalidad no resultan conformes con la doctrina constitucional anteriormente referida.” (FJ 4)

“En primer término, porque no es cierto que ni siquiera se alegara la antisindicalidad de las medidas adoptadas. Aunque es cierto que en el recurso contencioso-administrativo los hechos narrados se exponían para apoyar la nulidad del acto administrativo recurrido, en ellos se exponía que los Acuerdos encubrían una sanción disciplinaria al no constar las razones por las que debía producirse el traslado y no ser suficientes las alegadas por no resultar verosímiles al existir personas con igual cualificación pero con menor nivel de antigüedad, se alegaba ente otras la discriminación económica (hecho cuarto), y que lo que se subyacía al cese era su oposición a un proyecto determinado que suponía la ‘conculcación de sus derechos sindicales’ (hecho quinto). Asimismo, en la fundamentación jurídica se transcribía el artículo 11 de la Ley 9/1987, de 12 de junio [...], y se señalaba expresamente que ‘el recurrente ha sido cesado en el ejercicio de sus funciones, mientras desempeñaba el cargo de delegado de personal y ha sido trasladado de su puesto de trabajo, no ya de la Jefatura de libre designación, sino de la Gerencia de Urbanismo, conculcando la garantía constitucional que los representantes sindicales tienen garantizada a expresar libremente su opinión y a realizar sus funciones, sin poder conculcarse las garantías sindicales dirigidas a proteger básicamente al representante de decisiones que pueda adoptar en este caso la Administración [...]’ (FJ 4)

A lo anterior, el Tribunal añadió lo siguiente:

“[...] los elementos que se adujeron en la demanda y en la vista sí conformaban un panorama indiciario como para llevar al juzgador a una creencia racional sobre la posibilidad de lesión de un derecho fundamental y proceder a desviar el *onus pro-*

bandi al demandado en torno a las razones objetivas y extrañas a la pretendida vulneración alegada. En efecto, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, existe una sucesión de datos cronológicos, temporalmente conectados entre sí, susceptibles de conducir a la deducción razonable de que la corporación municipal había decidido cesar al ahora demandante de amparo, como de hecho ya hizo, incluso antes del pronunciamiento de la Junta de Personal, el Consejo de Gerencia de Urbanismo del municipio murciano. Conexión temporal que resulta relevante como indicio o principio de prueba [...]” (FJ 5)

En definitiva, el Tribunal entendió que:

“[...] la corporación no dio ningún argumento explicativo que, con apoyo en razones objetivas, justificara el cese del demandante en su cargo y su posterior traslado, pues las medidas a las que se redujo la reorganización de la estructura administrativa alegada no lograron desvirtuar los indicios aportados. Debiendo tenerse en cuenta además que, pese al informe desfavorable de la Junta de Personal, el Ayuntamiento ni siquiera dio una cumplida respuesta razonada a lo que había acordado el órgano de representación sindical de los empleados de la corporación municipal. Ello permite razonar que la voluntad de ésta era desprenderse del demandante de amparo, como de hecho ya lo hizo el Consejo de Gerencia de Urbanismo del municipio murciano incluso antes del pronunciamiento de la Junta de Personal.” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal consideró que:

“[...] cabe afirmar que las medidas adoptadas atentaron contra la garantía de indemnidad del actor en el desempeño de sus funciones sindicales.” (FJ 5)

Por lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso interpuesto.

VOTO PARTICULAR

El magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas formuló un voto particular, por discrepar de la opinión de la mayoría, al entender que se debería haber desestimado el recurso por falta de agotamiento de la vía judicial precedente antes de acudir en amparo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho a la libertad sindical, ver las siguientes sentencias: STC 17/1996, de 7 de febrero (Aranzadi 1996/17); STC 111/2003, de 16 de junio (Aranzadi 2003/111) (FJ 5).

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Prohibición del velo islámico en establecimientos de enseñanza superior. Libertad religiosa. Neutralidad de la enseñanza pública

SUPUESTO DE HECHO

En febrero de 1998, la Universidad de Estambul difundió una circular en la que se reglamentaba la entrada de los estudiantes al campus universitario y se establecía y se disponía que “[...] las estudiantes que lleven la ‘cabeza cubierta’ (llevando el velo islámico) y los estudiantes que lleven barba (incluidos los estudiantes extranjeros) no deben ser admitidos en los cursos, cursillos y prácticas [...]. Si persisten en no querer salir del aula, el profesor levantará acta de la situación y de su imposibilidad de dar clase y pondrá urgentemente la situación en conocimiento de las autoridades universitarias para que dispongan una sanción.” En virtud de dicha resolución, los vigilantes negaron a una alumna de quinto curso el acceso a las pruebas de oncología por llevar el velo islámico.

La alumna mencionada interpuso un recurso de anulación contra la circular, que fue desestimado por el Tribunal Admi-

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Cuarta. Asunto Leyla Ahin contra Turquía. Demanda núm. 44774/1998

FECHA: 29 de junio de 2004

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 9 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el Convenio)

DOCTRINA: Prohibición del velo islámico en establecimientos de enseñanza superior. Libertad religiosa. Neutralidad de la enseñanza pública (FJ 29, 35, 36, 53, 54, 56, 57, 66, 67, 74, 77, 78, 81, 84, 98, 99, 101, 102, 104, 106, 107, 108, 109, 110 y 114)

nistrativo de Estambul, por considerar que el rector de la Universidad, como órgano ejecutivo del establecimiento en cuestión, disponía de potestad reglamentaria en materia de modo de vestir de los estudiantes para garantizar el mantenimiento del orden. El Tribunal mencionado entendió que ni la reglamentación litigiosa ni las medidas individuales podían ser consideradas ilegales.

En mayo de 1998 se inició un procedimiento disciplinario contra la estudiante mencionada, con motivo de la participación de la misma en una reunión para protestar contra las reglas relativas a la manera de vestirse aprobadas por el decanato. El procedimiento finalizó con la expulsión de la alumna durante un semestre. Dicha resolución fue recurrida por la estudiante, que fue rechazada por el Tribunal Administrativo de Estambul, que consideró que la medida litigiosa no podía ser considerada ilegal.

En junio de 2000 se aprobó una ley que contemplaba la amnistía de las sanciones pronunciadas contra los estudiantes y las consecuencias relativas a las mismas, siendo la demandante amnistiada de las sanciones disciplinarias impuestas.

La estudiante planteó una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra la circular a que se ha hecho referencia, por considerar que lo previsto por la misma constituye una injerencia manifiesta en su derecho a la libertad de manifestar su religión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Antes de entrar a analizar lo que constituía propiamente el objeto del litigio, el Tribunal hizo referencia al contexto histórico de la prohibición del uso de un hábito religioso, recordando que “el uso de un hábito religioso, fuera cual fuera la religión o la creencia, fue prohibido fuera de los lugares de culto y de las ceremonias religiosas por la Ley núm. 2596, de 3 de diciembre de 1934, relativa a la reglamentación del uso de cierta ropa” (FJ 29).

En lo que respecta a la reglamentación de la manera de vestir en los centros de enseñanza superior, el Tribunal recordó que ya en 1988 el Tribunal Constitucional había declarado que:

“Será obligatoria una manera de vestir o una apariencia contemporánea en los locales y pasillos de los establecimientos de enseñanza superior, escuelas preparatorias, laboratorios, clínicas y policlínicas. Será libre el uso de un velo o de un pañuelo que cubra el cuello y el pelo por razones de convicción religiosa.” (FJ 35)

Así:

“[...] fuera del marco íntimo reservado a la persona, la libertad de manifestar la religión podía restringirse por razones de orden público con el fin de preservar el principio de laicidad.” (FJ 36)

A continuación, el Tribunal hizo referencia a lo previsto por el derecho comparado sobre esa cuestión. En el caso belga, el Tribunal señaló que:

“[...] los tribunales belgas, éstos han hecho prevalecer siempre los principios de igualdad y de neutralidad de la enseñanza pública sobre la libertad religiosa y fallado en contra de las denunciantes y de sus familias.” (FJ 53)

Por su parte, en Francia:

“Está prohibido en las escuelas, colegios e institutos públicos, el uso de signos o de maneras de vestir por las que los alumnos manifiesten ostensiblemente una pertenencia religiosa.” (FJ 54)

En cuanto a los otros países, el Tribunal señaló que:

“[...] a veces tras un largo debate jurídico, la enseñanza pública acepta en principio que las jóvenes musulmanas utilicen el velo islámico (en Alemania, Holanda, Suiza y Reino Unido).” (FJ 56)

Aun así, el Tribunal advirtió que “[...] la situación jurídica no es uniforme”, y que “[...] en muchos otros países, el velo islámico no ha sido todavía objeto de discusión jurídica en profundidad

(en Suecia, Austria, España, República Checa, Eslovaquia y Polonia)” (FJ 57).

A continuación, el Tribunal entró a analizar si se había producido una vulneración del artículo 9 del Convenio. A tal efecto, hizo referencia a la naturaleza del mismo, recordando que:

“[...] la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los cimientos de una ‘sociedad democrática’ en el sentido del Convenio.” (FJ 66)

Así:

“Si la libertad de religión pertenece en principio al ámbito de la conciencia, implica igualmente la de manifestar su religión individualmente y en privado, o de manera colectiva, en público y en el círculo de aquéllos cuya fe se comparte.” (FJ 66)

De todos modos, el Tribunal advirtió que:

“Sin embargo, el artículo 9 no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión o una convicción y no garantiza siempre el derecho a comportarse en el ámbito público de manera dictada por una convicción.” (FJ 66)

Dicho lo anterior, el Tribunal entró a valorar que si “esta injerencia estaba ‘prevista por la ley’, perseguía un fin legítimo y ‘era necesaria en una sociedad democrática’ en el sentido del artículo 9.2 del Convenio” (FJ 67).

Sobre esta cuestión, la demandante consideraba que la prohibición del uso del velo islámico en el recinto universitario carecía de base legal, al basarse en lo que ésta consideraba una interpretación errónea de la jurisprudencia constitucional.

Al respecto, el Tribunal advirtió que:

“[...] la expresión ‘prevista por la ley’ impone no solamente que la medida litigiosa tenga una base en la legislación interna, sino que contempla también la calidad de la ley: debe ser accesible al justiciable y previsible.” (FJ 74)

En este sentido, el Tribunal señaló que:

“La ley debe comprenderse englobando el texto escrito y el ‘Derecho elaborado’ por los jueces [...]. La jurisprudencia turca considera a este último como fuente de legalidad [...]. En resumen, la ley es el texto en vigor tal y como los tribunales competentes lo han interpretado.” (FJ 77)

En cuanto a lo previsto por el Tribunal Constitucional, el Tribunal recordó que:

“[...] de la Sentencia de 9 de abril de 1991 del Tribunal Constitucional se desprende que el hecho de autorizar a las estudiantes a ‘cubrirse el cuello y el pelo con un velo o un pañuelo por razones religiosas’ en las universidades, era contrario a la Constitución.” (FJ 78)

Por tanto, según el Tribunal, “[...] la injerencia litigiosa tenía una base legal en la legislación turca”, y “[...] la demandante podía prever, desde el momento de su entrada en la universidad de Estambul, que el uso del velo islámico por parte de las estudiantes estaba reglamentado y, a partir del 23 de febrero de 1998, que corría el riesgo de que se le negara el acceso a las clases si seguía llevándolo” (FJ 81).

En cuanto a si la medida perseguía un fin legítimo, el Tribunal entendió que:

“[...] la medida en cuestión perseguía esencialmente los fines legítimos de la protección de los derechos y libertades ajenos y de la protección del orden.” (FJ 84)

Analizando los intereses en juego en la medida de limitar el uso del velo islámico, el Tribunal advirtió que:

“[...] en una sociedad democrática, el Estado puede limitar el uso del velo islámico si su uso perjudica el objetivo contemplado de protección de los derechos y libertades ajenos, del orden y de la seguridad pública.” (FJ 98)

Así:

“En un país como Turquía, en el que la gran mayoría de la población pertenece a una religión concreta, las medidas tomadas en las universidades para impedir a ciertos movimientos

fundamentalistas religiosos ejercer una presión sobre los estudiantes que no practican la religión en cuestión o sobre los que pertenecen a otra religión pueden estar justificadas respecto al artículo 9.2 del Convenio. En este contexto, las universidades laicas pueden igualmente reglamentar la manifestación de los ritos y de los símbolos de esta religión, señalando restricciones de lugar y de forma, con el fin de garantizar el carácter mixto de los estudiantes de creencias diversas y de proteger así el orden público y las creencias ajenas.” (FJ 99)

Asimismo, el Tribunal advirtió que:

“Para determinar la amplitud del margen de apreciación permitido a los estados, hay que tener presente la importancia de la naturaleza del Derecho garantizado por el Convenio y de los actos sometidos a restricciones y su finalidad [...]” (FJ 101)

“Se impone especialmente un margen de apreciación cuando los estados contratantes regulan el uso de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza, dado que la reglamentación en la materia varía de un país a otro en función de las tradiciones nacionales [...], y que los países europeos no tienen una concepción uniforme de las exigencias relativas a la ‘protección de los derechos ajenos’ y al ‘orden público’ [...]. Bien entendido, esto no excluye un control europeo, tanto más cuanto que tal reglamentación no debe nunca suponer un atentado contra el principio del pluralismo, ni chocar contra otros derechos consagrados por el Convenio, ni suprimir totalmente la libertad de manifestar la religión o la convicción.” (FJ 102)

Sentado lo anterior, el Tribunal se centró en la medida objeto de litigio, advirtiendo que “[...] la injerencia litigiosa estaba basada en dos principios: la laicidad y la igualdad, que se refuerzan y se complementan mutuamente” (FJ 104).

En este sentido, el Tribunal declaró que:

“Tal concepción de la laicidad le parece al Tribunal respetuosa de los valores subyacentes del Convenio [...] y constata que la protección de este principio puede ser considerada necesaria para la protección del sistema democrático en Turquía.” (FJ 106)

Además, el Tribunal destacó que:

“[...] el sistema constitucional turco pone el acento en la protección de los derechos de las mujeres.” (FJ 107)

Recordando lo declarado por el Tribunal Constitucional, el Tribunal señaló que:

“[...] cuando se aborda la cuestión del velo islámico en el contexto turco, no se puede hacer abstracción del impacto que puede tener el uso de este símbolo, presente o percibido como una obligación religiosa, sobre los que no hacen gala de él. Entran en juego principalmente, como ya ha señalado [...], la protección de los ‘derechos y libertades ajenos’ y el ‘mantenimiento del orden público’ en un país en el que la mayoría de la población, manifestando una adhesión profunda a los derechos de las mujeres y a un modo de vida laico, pertenece a la religión musulmana. Una limitación en la materia puede por lo tanto ser considerada como una ‘necesidad social imperiosa’ para alcanzar estos dos fines legítimos, tanto más cuanto que, como indican los tribunales turcos (apartados 32 y 34 *supra*), este símbolo religioso ha adquirido en Turquía en el curso de los últimos años un aspecto político.” (FJ 108)

Además, el Tribunal advirtió que “[...] existen en Turquía movimientos políticos extremistas que se esfuerzan en imponer a toda la sociedad sus símbolos religiosos y su concepción de la sociedad basada en reglas religiosas”, y que “[...] cada Estado contratante puede, de conformidad con las disposiciones del Convenio, tomar posición contra tales movimientos políticos en función de su experiencia histórica” (FJ 109).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“[...] es el principio de laicidad, tal y como lo interpreta el Tribunal Constitucional [...], la consideración primordial que ha

motivado la prohibición del uso de distintivos religiosos en los universitarios. En tal contexto, en el que se enseñan y se aplican en la práctica los valores del pluralismo, del respeto de los derechos ajenos y, en particular, la igualdad de los hombres y las mujeres ante la Ley, se puede comprender que las autoridades competentes consideren contrario a estos valores aceptar el uso de distintivos religiosos, incluido, como en este caso, que las estudiantes de cubran la cabeza con un velo islámico en los locales universitarios.” (FJ 110)

Por tanto:

“[...] la reglamentación de la Universidad de Estambul que somete el uso del velo islámico a restricciones, y las medidas correspondientes a ellas, están justificadas en su principio y son proporcionadas a los fines perseguidos, y pueden por lo tanto ser consideradas ‘necesarias en una sociedad democrática.’” (FJ 114)

En consecuencia, el Tribunal declaró que no se había producido una vulneración del artículo 9 del Convenio.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la libertad religiosa, ver las siguientes sentencias: Sentencia Kokkinakis contra Grecia de 25 de mayo de 1993 (TEDH 1993/21), serie A núm. 260-A, pg. 17, ap. 3 y STEDH Buscarini y otros contra San Marino (TEDH 1999/4) [GS], núm. 24645, ap. 34, TEDH 1999-I).

Advirtiendo que el artículo 9 del convenio no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión o una convicción y no garantiza siempre el derecho a comportarse en el ámbito público de manera dictada por una convicción, ver las siguientes sentencias: Sentencia Kalaç contra Turquía de 1 de julio de 1997 (TEDH 1997/42), Repertorio de sentencias y resoluciones 1997-IV, pg. 2109, ap. 27; Arrowsmith contra el Reino Unido núm. 7050/1975, Resolución de la Comisión de 12 de octubre de 1978, Resoluciones e Informes (RI) 19, pg. 5, y C. contra el Reino Unido núm. 10358/1983, Resolución de la Comisión de 15 de diciembre de 1983, RI 37, pg. 142.

Sobre el uso del velo islámico en las universidades, ver la siguiente sentencia: Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía (ETD 2003/50031) [GS] núms. 41340/1998, 42342/1998, 41343/1998 y 41344/1998, (TEDH 2003-II).

Sobre el margen de apreciación permitido a los estados, ver las siguientes sentencias: Hatton y otros contra el Reino Unido (TEDH 2003/40) anteriormente citada ap. 101 y Sentencia Buckley contra el Reino Unido de 25 de septiembre de 1996 (TEDH 1996/42), Repertorio 1996-IV, pg. 1292, ap. 76; Cha'are Shalom Ve Tsedek (TEDH 2000/144) anteriormente citada, ap. 84. Sobre el margen de apreciación cuando los Estados contratantes regulan el uso de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza: y Sentencia Wingrove contra el Reino Unido de 25 de noviembre de 1996 (TEDH 1996/62), Repertorio 1996-V, pg. 1958, ap. 58); Casado Coca (TEDH 1994/1) anteriormente citada, ap. 55; Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976 (TEDH 1976/5), serie A núm. 23, pg. 26, ap. 53; X. contra el Reino Unido núm. 8160/1978, Resolución de la Comisión de 12 de marzo de 1981, RI 22, pg. 27 y 40 Madres de familia contra Suecia núm. 6853/1974, Resolución de la Comisión de 9 de marzo de 1977, RI 9 pg. 27); Sentencia Asunto ‘Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica’ contra Bélgica, de 23 de julio de 1968 (TEDH 1968/3), serie A núm. 6, pg. 32, ap. 5 y Yanasik contra Turquía núm. 14524/1989, Resolución de la Comisión de 6 de enero de 1993, RI 74, pg. 14).

Sobre el principio de igualdad entre sexos, ver las siguientes sentencias: Sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido de 28 de mayo de 1985 (TEDH 1985/8), serie A núm. 77, pg. 38, ap. 78, Sentencia Schuler-Zraggen contra Suiza de

24 de junio de 1993 (TEDH 1993/28), serie A núm. 263, pgs. 21-22, ap. 67, Sentencia Burghartz contra Suiza de 22 de febrero de 1994 (TEDH 1994/9), serie A núm. 280-B, pg. 27, ap. 27, Sentencia Van Raalte contra Holanda de 21 de febrero de 1997 (TEDH

1997/11), Repertorio 1997-I, pg. 186, ap. 39 in fine, y Sentencia Petrovic contra Austria de 27 de marzo de 1998 (TEDH 1998/66), Repertorio 1998-II, pg. 587, ap. 37).

C) Jurisdicción contencioso-administrativa

Tribunal Supremo. Revisión de un canon y una tarifa con el fin de responder a la necesidad de mantener el equilibrio económico-financiero del contrato

SUPUESTO DE HECHO

Una empresa constructora interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Valencia sobre la fijación de un canon y una tarifa de una concesión. El Tribunal Superior de Justicia de Valencia desestimó el recurso.

Contra dicha resolución, el recurrente interpuso un recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo, con imposición de costas a la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba en primer lugar la infracción del artículo 1281 del Código civil, que comportaba la del artículo 51 del Reglamento de contratación de las corporaciones locales, por considerar que la interpretación hecha del mismo por la sentencia de instancia era contraria a Derecho, "al imponer la revisión anual del canon como una consecuencia necesaria e ineludible de la revisión de las tarifas, cuando según el recurrente, no se establece en el pliego, ni directa ni indirectamente, interrelación o dependencia entre la revisión de las tarifas y la del canon." (FJ 2)

Dicho esto, el Tribunal recordó que, en relación con otro ejercicio, se había suscitado una cuestión idéntica entre las mismas partes. Ya entonces el Tribunal declaró que:

"[...] son tarifas lo que el concesionario hubiere de percibir del público, y canon la participación que hubiere de satisfacer, en su caso, el concesionario a la corporación, lo que implica que tarifa y canon responden a una finalidad distinta y que aquella constituye la contraprestación en favor del concesionario y a cargo del público usuario, y que el canon es la suma que el concesionario ha de abonar a la Administración precisamente por razón de la concesión, nada debe obstar a que, pedida y obtenida por el concesionario la revisión de las tarifas, la Administración fijara al mismo tiempo el canon correspondiente, [...] al ser aquél revisable anualmente en la misma proporción en que varíe el índice de precios al consumo y al poder coexistir revisión de canon y revisión de tarifas'." (FJ 2)

Sin embargo, el Tribunal aclaró que:

"[...] a ello no obsta 'que se contemplen en cláusulas distintas del pliego de condiciones ni que sean diferentes, máxime cuando entre uno y otras concurre una igual finalidad de contraprestación, para ambos se prevén criterios de revisión y responden a la necesidad de mantener ese equilibrio económico financiero que constituye la esencia de un contrato como el celebrado entre las partes, cuando, precisamente por ello, canon y tarifas están interrelacionados, y por tanto, la procedencia de la revisión de uno y de otras arranca del mismo momento, sin que haya razón alguna para establecer un diferente día inicial para la revisión de cada una de aquellas cantidades, de modo que por ningún lado observamos infracción de los preceptos que se citan por parte de la sentencia de instancia'." (FJ 2)

En relación con la vulneración del artículo 1281 del CC, el Tribunal advirtió que:

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 6763/2004

FECHA: 20 de abril de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Juan José González Rivas

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Valencia

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 126.2.b), 127.1.2 y 152.3 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL)

DOCTRINA: Revisión de un canon y una tarifa con el fin de responder a la necesidad de mantener el equilibrio económico-financiero del contrato (FJ 2, 3, 5, 6 y 7)

"[...] la interpretación de los contratos es función privativa de los tribunales de instancia cuyo resultado ha de ser respetado en casación a no ser que el mismo se muestre ilógico, contrario o contradictorio con alguna de las normas legales de hermenéutica establecidas en los artículos 1281 a 1289 del Código civil." (FJ 3)

A continuación, el Tribunal respondió a los argumentos del recurrente, que se referían al tiempo en que debía practicarse el cálculo del canon. Al respecto, éste declaró que:

"[...] —aunque sean distintos canon y tarifas— responden ambos conceptos a la necesidad de mantener el equilibrio económico-financiero del contrato, y, por ello, resulta improcedente la alegación de que no se había cumplido el tiempo en el que procedería la revisión del canon, y sí el de la revisión de las tarifas, máxime cuando la sentencia parte del hecho, inalterable en vía de casación, de que 'la explotación de la concesión ya había comenzado', y cuando, además, de la interpretación de los artículos del pliego que se dicen infringidos no resulta con claridad que impongan fecha diferente como pretende la parte recurrente." (FJ 5)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

"El pliego de cláusulas concesionales prevé una evolución sistemática, a lo largo del tiempo, de ambos elementos económicos, de forma tal que los dos se actualicen en función del índice de precios al consumo, [...]: a) el primero de los preceptos citados señala que el canon será revisable anualmente en la misma proporción en que varía el índice de precios al consumo; b) el segundo, que trata de la revisión de las tarifas, ordena la actualización de las mismas, en función de una relación porcentual que determina una variable en la que se toman en consideración el último índice general de precios al consumo y el índice general de precios al consumo publicado en el mismo mes del año de adjudicación." (FJ 5)

Por otro lado, el recurrente invocaba también la vulneración de varios preceptos del Reglamento de servicios de las corporaciones locales [artículos 126.2.b), 127.1.2 y 152.3], en relación con varias de las cláusulas del pliego de condiciones. Sobre este punto, el recurrente invocaba el equilibrio financiero del contrato, que se traducía en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario y sobre el riesgo imprevisible que posibilitaba la revisión del precio pactado cuando dichos eventos imprevistos incidieran en la economía de la concesión, lo que, en opinión del recurrente, hacía imposible la revisión del canon a abonar. Sobre este punto, el Tribunal indicó que:

"[...] el principio de remuneración integral puede verse afectado por una serie de acontecimientos que inciden en el régimen económico del contrato, dando entrada a la teoría del riesgo imprevisible sustentada en nuestro Derecho en base al artículo 127.2.2.b) del RSCL, que posibilita la revisión de tarifas cuando eventos imprevistos incidan en la economía de la concesión, mas esa imprevisión nunca es subjetiva, sino objetiva y fundada en criterios de racionalidad, de manera que lo que importa no es tanto si el contratista prevé o no el acontecimiento, sino si éste era racionalmente previsible y si a pesar de su previsibilidad el contratista concluyó el contrato, asumió un riesgo perfectamente previsible y su producción o materialización no debe incidir en los contenidos económicos de la relación, pues el contratista intenta justificar una modificación en tarifas sin que proceda una actualización del canon en base a unos hechos circunstanciales que devalúan el contenido económico de la concesión, según su tesis, pues el estacionamiento concedido está situado en las proximidades del Boulevard Sur, no finalizadas ni concluidas las obras, lo que incide negativamente en la economía de establecimiento situado en la avenida de las Tres Cruces, de manera que se ha retrasado la apertura de ciertas vías de ordenación semafórica del tráfico en la zona." (FJ 6)

Así:

"Estas circunstancias, a juicio de la sentencia recurrida, en modo alguno eran imprevisibles en la fecha en la que se cursó para la adjudicación de la concesión, pues el parking se encontraba en una área urbana, en expansión, afectada por una serie de obras infraestructurales, cuya conclusión no sólo dependía de terceros sujetos, sino que incluso de otras administraciones públicas y era perfectamente previsible la demora de la terminación de las obras de infraestructura urbanística y de integral ordenación de la zona lo que, por otra parte, no impidió la apertura anticipada y provisional del estacionamiento, mucho antes de la recepción de las obras y el hecho de que en las proximidades del parking se cometan reiteradas infracciones a las normas sobre estacionamiento, según dice acreditar la parte recurrente por medio de un acta notarial levantada el día 26 de mayo de 1994, en la que se hace constar la existencia de vehículos indebidamente estacionados y no sancionados, tampoco debe considerarse como una circunstancia absolutamente imprevisible, que en modo alguno acredita el actor respecto a la actuación de las potestades administrativas en las proximidades del estacionamiento concedido, en lo que se refiere a la policía de tráfico que fuera distinta, diferente o más leve que la que se actualiza en otros puntos de la ciudad." (FJ 6)

Por tanto, el Tribunal entendió que no quedaba acreditada la vulneración de los preceptos invocados por el recurrente.

En relación con el artículo 127 del RSCL, el Tribunal advirtió que:

"[...] por la índole excepcional de este tipo de disposiciones que rompen transitoriamente la normalidad económica en los contratos administrativos, ha de ser aplicada con sujeción

estricta a sus términos, sin que sea posible ampliaciones analógicas ni su extensión a casos no previstos expresa y categóricamente." (FJ 7)

Finalmente, el Tribunal advirtió que:

"[...] a la vista del artículo 51 del Reglamento de contratación de las corporaciones locales y de lo que impone la normativa sobre contratos del Estado, aplicable a los de las entidades locales, por imperativo del artículo 112 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real decreto legislativo 781/86 de 18 de abril [...], existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo las excepciones admitidas a un régimen general de mantenimiento de las condiciones establecidas en los correspondientes pliegos, y que, en cuanto tales, exigen una interpretación restrictiva cuyas únicas salvedades vienen constituidas porque hayan sido inicialmente previstas o porque ocasionen una ruptura del equilibrio económico financiero claramente acreditada o porque resulte evidentemente producida por hechos que alteren dicho equilibrio." (FJ 7)

Por ello, el Tribunal entendió que:

"Bajo tal perspectiva, [...] en nada pueden determinar la infracción de los preceptos y cláusulas que la recurrente invoca [...] cuando, realmente, no dejan de ser previsibles en los términos que se señalan en la sentencia de instancia, ni resultan tan extraordinarios como para determinar un grado de desequilibrio suficiente para imponer la alteración de lo pactado, que siempre ostenta un carácter excepcional, como se indicó." (FJ 8)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto, con imposición de costas a la parte recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la revisión del canon, ver la siguiente sentencia: STS de 30 de noviembre de 2001 (Aranzadi 2002/192).

Tribunal Supremo. Pliego de condiciones económico-administrativas para la adjudicación de un concurso de explotación del servicio municipal de abastecimiento de agua potable. Falta de presentación y estudio técnico. Exigencia de una experiencia mínima de tres años

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Granadilla de Abona aprobó un pliego de condiciones económico-administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso de la explotación del Servicio Municipal de Abastecimiento de Agua Potable. Contra dicho acto, una empresa que aspiraba a la concesión del servicio interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Entre otros motivos, el Tribunal mencionado desestimó el recurso por la falta del imprescindible proyecto técnico, que entendía que no podía ser sustituido por el estudio elaborado por la empresa adjudicataria. Ello suponía una infracción de los artículos 118 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales y 210 del Reglamento general de contratación del Estado. Asimismo, el Tribunal consideró infringido el principio de libre concurrencia establecido por el artículo 13 de la Ley de contratos del Estado (LCE) por la exigencia de que los concursantes tuvieran una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable, por carecer de base legal requerirla como condición para contratar. También consideró que la falta de establecimiento en el pliego de la fianza definitiva era contrario al artículo 14 de la LCE. Finalmente, se señalaba que las bases que no garantizaban la financiación del servicio.

Contra dicha resolución, tanto el Ayuntamiento mencionado como la empresa adjudicataria interpusieron un recurso de casación, que fue inadmitido por el Tribunal Supremo, con imposición de las costas a los recurrentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La empresa adjudicataria justificó la ausencia de proyecto técnico en el hecho de que ésta había prestado el servicio de abastecimiento de agua potable “con toda normalidad y a satisfacción de la Administración local” desde abril de 1994, extremo que entendía que subsanaba la falta del mencionado proyecto. En este sentido, el recurrente invocaba el “principio de lo jurídico de lo fáctico”.

Con respecto al principio invocado por el recurrente, el Tribunal declaró que:

“[...] siendo innegable la fuerza normativa de los hechos, no puede argumentarse que la correcta prestación del servicio por la adjudicataria de la concesión sea razón para convalidar una actuación administrativa caracterizada por el incumplimiento de las normas que han de observarse en la contratación. La realidad no puede prevalecer frente a la ilegalidad.” (FJ 4)

Asimismo, en relación con la falta de proyecto técnico, el Tribunal indicó que:

“[...] la apreciación por la sala de instancia de que el estudio al que se ha aludido no equivale al proyecto técnico ni puede suplirlo debe ser respetada en casación ya que entra dentro de las facultades de valoración de la prueba reservadas al Tribunal sentenciador que no podemos revisar en casación.” (FJ 4)

Por otra parte, el Tribunal estuvo de acuerdo con la sentencia de instancia en que se había producido una vulneración del principio de libre concurrencia. Al respecto, el Tribunal declaró que:

“[...] una cosa es que se tenga en cuenta en el momento de valoración de las ofertas la experiencia previa y otra que se erija en requisito para concursar. Y esto es lo que aquí se hizo sin que ninguna norma jurídica [...] sustentara tal excepción a la regla

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 44/1999

FECHA: 10 de mayo de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Villa de Granadilla de Abona

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 13 y 14 de la Ley de contratos del Estado (LCE), y artículo 122 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL)

DOCTRINA: Pliego de condiciones económico-administrativas para la adjudicación de un concurso de explotación del servicio municipal de abastecimiento de agua potable. Falta de presentación y estudio técnico. Exigencia de una experiencia mínima de tres años (FJ 4)

de la libre concurrencia consignada en el artículo 13 de la LCE.” (FJ 4)

El Tribunal también estuvo de acuerdo con la sentencia en lo que respecta la falta de fijación definitiva de la fianza por el pliego, por entender que:

“[...] debe precisarse este extremo en el pliego.” (FJ 4)

En cuanto a la financiación del servicio, el Tribunal declaró que:

“[...] limitándose el pliego a decir que las tarifas serán las que se aprueben en el momento de la adjudicación, no se puede considerar cumplido lo que preceptúa el artículo 115.6 del RSCL, conforme al cual han de precisarse sus factores constitutivos. Y, a falta de esa referencia, poco sentido tiene decir que se cubrirá con subvenciones municipales la diferencia entre el coste real del servicio y lo que se obtenga mediante la tarifa.” (FJ 4)

En relación con la falta de establecimiento de un sistema de puntuación de la que adolecía el pliego de condiciones, el Tribunal declaró que:

“[...] en contra de lo que afirma el Ayuntamiento de la Villa de Granadilla de Abona, lo que la corporación puede decidir es que la licitación se extienda simultáneamente a todos o a algunos de los extremos a los que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 122 del RSCL u otros que ordenare. Pero, si opta por este procedimiento, entonces debe asignar en el pliego uno o más puntos para cada uno, para efectuar la adjudicación a quien obtuviere la puntuación más alta. Aquí el Ayuntamiento hizo uso de esa posibilidad y, por tanto, debió establecer el baremo correspondiente. Como no lo hizo, infringió, [...] el artículo 122.5 del RSCL.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal advirtió que:

“[...] las infracciones detectadas por la Sala de Santa Cruz de Tenerife imponían la anulación de lo actuado, pues adolecía de requisitos indispensables para alcanzar su fin. Y no cabe aplicar el principio de conservación de actos y trámites, pues no se dan

las circunstancias previstas en el artículo 66 de la Ley 30/1992 para ello, ni puede invocarse para mantener una situación contraria a Derecho, como lo es la adjudicación del servicio sin observar lo dispuesto por las normas jurídicas aplicables.” (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación, con imposición de costas a los recurrentes.

Tribunal Supremo. Indemnización por la rescisión del contrato de prestación del servicio de correspondencia por supresión del mismo. Renuncia a los derechos reconocidos por las leyes

SUPUESTO DE HECHO

El director general del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos acordó la rescisión del contrato de la conducción del correo por carretera entre Barcelona y la subcentral de Gracia con la compañía A, como consecuencia de la reordenación de las redes provinciales de transporte de correspondencia por carretera. Contra dicho acuerdo, la compañía mencionada interpuso un recurso de reposición, que fue desestimado por silencio administrativo. Ante ello, la compañía interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Contra dicha resolución, el recurrente interpuso un recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, con imposición de las costas a la empresa recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La empresa recurrente alegaba la omisión del trámite de audiencia previa al concesionario y que la supresión del servicio debía haber dado lugar a indemnización.

En relación con el trámite de audiencia, el Tribunal advirtió que la empresa no se refería “a otros trámites que pudieran calificarse como trascendentales a efecto de la nulidad o anulabilidad del acto”. Dicho lo anterior, el Tribunal indicó que “[...] este defecto quedó subsanado por la interposición del recurso de reposición, en que la entidad interesada tuvo ocasión de manifestar cuanto estimó conveniente a la defensa de su derecho” (FJ 2).

En relación con la obligación de la Administración de indemnizar, el Tribunal señaló que:

“[...] el pliego de condiciones del contrato previene en la cláusula 22 que la Administración se reserva la facultad de modificar el itinerario y horario de la conducción contratada y de ‘suprimirla’ cuando así conviniere al servicio, sin que contra cualquiera de dichos acuerdos el contratista pueda alegar derecho alguno.”

Y que:

“En el contrato celebrado [...] el adjudicatario declara que acepta y se obliga a cumplir el servicio con arreglo a todas las condiciones del pliego.” (FJ 3)

En relación con la cláusula indicada, el Tribunal declaró que:

“Esta cláusula es perfectamente válida. Se encuentra amparada en el principio de libertad de pactos que se recoge en el artículo 3 de la LCE, no habiendo en dicha cláusula nada contrario al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. En relación con el ordenamiento jurídico, el artículo 6.2 del Código civil admite como válida la renuncia a los derechos reconocidos por las leyes (en este caso a la indemnización en caso de supresión del servicio), exigiendo solamente que la renuncia no sea contraria al interés o al orden público ni perjudique a terceros, circunstancias que no se dan en el supuesto que analizamos.” (FJ 3)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación, con imposición de costas al recurrente.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 148/1999

FECHA: 17 de mayo de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Manuel Goded Miranda

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Organismo Autónomo Correos y Telégrafos

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 3 de la Ley de contratos del Estado (LCE), y artículo 6.2 del Código civil

DOCTRINA: Indemnización por la rescisión del contrato de prestación del servicio de correspondencia por supresión del mismo. Renuncia a los derechos reconocidos por las leyes (FJ 2 y 3)

Tribunal Supremo. Falta de firma de la proposición económica en adjudicación de concurso relativo a la contratación y adjudicación de la redacción de una obra. Falta de requerimiento de subsanación

SUPUESTO DE HECHO

La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en La Rioja aprobó la adjudicación de un concurso relativo a la contratación y adjudicación de la redacción del proyecto básico de ejecución y dirección de las obras de reforma y adaptación de un local para Centro de Atención e Información de la Seguridad Social (CAISS) en la localidad de Nájera. Varios particulares fueron excluidos de la licitación por la Mesa de Contratación por no firmar la proposición económica. Por ello interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra el mismo, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Ante ello, el recurrente interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue estimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal consideró que varias de las sentencias de contraste invocadas por el recurrente, aunque no presentaran una identidad sustancial, fijaban una doctrina de aplicación al caso, pudiéndose concretar dicho criterio en una serie de puntos. En este sentido, en primer lugar, el Tribunal señaló que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid había declarado que:

“[...] el artículo 101 del Reglamento general de contratación del Estado y señala que la Mesa de Contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma, pudiendo conceder, si observare defectos materiales un plazo no superior a tres días para que el licitado subsane el error.” (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal Supremo había declarado en una ocasión que:

“[...] el acto de calificación de documentos mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan los requisitos esenciales e indispensables previstos en el pliego de cláusulas administrativas, exclusión que, en todo caso, debe responder a criterios objetivos, por lo que no siendo sustancial o de fondo el defecto que el abogado del Estado hizo ver a la Mesa de Contratación, ésta debió haber procedido a procurar su subsanación y sólo si el defecto no fuere subsanado, hubiera sido justificado la exclusión de la proposición del licitador demandante.” (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal advirtió que:

“[...] tales precisiones [...], forman un cuerpo de doctrina consolidado en la doctrina jurisprudencial de esta sala que es coherente con el criterio de la subsanabilidad, que en este caso resulta de directa incidencia ante la falta de la firma de la proposición económica, según se infiere del análisis del acta [...] de la mesa de contratación.” (FJ 5)

A continuación, volviendo al artículo 101 del RGCE, el Tribunal advirtió que:

“El artículo 101, párrafo segundo, inciso segundo, del Reglamento general de contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (redactado conforme al Real decreto 2528/1986, de 28 de noviembre), establece que si la Mesa observare defectos materiales en la documentación presentada podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días para que el licitador subsane el error.” (FJ 5)

Siendo ello así, el Tribunal consideró que en el caso estudiado:

“[...] no existe un defecto sustancial de falta de presentación de la proposición económica, la omisión de firma es subsanable y no se puso de manifiesto a la Mesa de Contratación en el momento del examen y calificación de la documentación presentada por las empresas que tomaban parte en el concurso. Al

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 265/2003

FECHA: 6 de julio de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Juan José González Rivas

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 101 del Reglamento general de contratación del Estado (RGCE)

DOCTRINA: Falta de firma de la proposición económica en adjudicación de concurso relativo a la contratación y adjudicación de la redacción de una obra. Falta de requerimiento de subsanación (FJ 4, 5, 6 y 8)

no conceder un plazo de tres días para la subsanación del defecto la Mesa infringió lo prevenido en el artículo 101 del Reglamento general de contratación del Estado.” (FJ 5)

En relación con las facultades de la Mesa de Contratación, el Tribunal hizo la siguiente aclaración:

“[...] la Mesa de Contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación, sino que, ante un defecto como el que se cuestiona, debió conceder tres días para su subsanación, como establece el artículo 101 del Reglamento General de Contratación. La frase ‘si lo estima conveniente’, contenida en el indicado precepto, debemos referirla a la correcta apreciación por la Mesa de la naturaleza del defecto concurrente, no a la concesión de unas facultades discrecionales que excluyan su criterio de revisión a través de los oportunos recursos.” (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal recordó que:

“[...] los documentos que deben presentarse y acompañarse obligatoriamente con la proposición licitatoria y los demás previstos en el pliego que, de no presentarse, pueden hacerse valer en cualquier momento anterior a la formalización del contrato, lo que permite concluir reconociendo la prevalencia del principio antiformalista en la jurisprudencia y así lo reconoce la STS, 3.^a, de 28 de septiembre de 1995 (Aranzadi 1995, 6689), en relación con la no-aportación del certificado de la Seguridad Social, máxime cuando en el anuncio no se expresaba que la proposición debería ir acompañada de los documentos en la forma reconocida por la sentencia anterior.” (FJ 6)

Por ello, el Tribunal entendió que:

“En el caso examinado, frente a la tesis mantenida por la sentencia recurrida, el defecto era subsanable porque el hecho de que el apartado 7.3 indique que primero se calificarán los documentos presentados en el sobre de documentación personal y técnica, con exclusión al relativo a la proposición económica, no implica ni impide que cuando sea el momento de la apertura de los sobres de dicha proposición, se puedan observar defectos subsanables, porque si lo que se regula en el apartado 7.3 es la calificación previa, únicamente, de la documentación contenida en el sobre de documentación personal y técnica, no regula la calificación de la documentación contenida en el sobre de la proposición económica, y por lo tanto le será de aplicación la normativa de la Ley 30/1992.” (FJ 8)

En consecuencia, el Tribunal declaró haber lugar a la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia casada, procediendo a casar, anular y dejar sin efecto la sentencia impugnada. Por su parte, el Tribunal estimó el recurso contencioso-administrativo, declarando la nulidad del acto de adjudicación del concurso, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la apertura de las proposiciones económicas para subsanar la ausencia de firma de la parte actora.

Tribunal Supremo. Planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE. Incumplimiento de la obligación de transponer las directivas. Libre circulación de médicos y reconocimiento de títulos

SUPUESTO DE HECHO

El Ministerio de Educación y Cultura desestimó por silencio administrativo la petición de indemnización de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados por la no-transposición y transposición incorrecta de las directivas 75/362 y 93/16, sobre libre circulación de médicos y reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, al considerar que el acto recurrido era ajustado a Derecho. Contra dicha resolución, los solicitantes interpusieron un recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Dicha resolución fue recurrida en casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el recurrente alegaba la infracción del artículo 24 de la CE, por entender que el hecho de que el tribunal de instancia no planteara una cuestión prejudicial ante el TJCE, como había solicitado el recurrente, le había generado indefensión. El Tribunal rechazó dicho motivo. En primer lugar, éste alegó que:

“[...] la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Comunidad Europea ha de hacerse no al amparo de este motivo, sino al del apartado d) del mismo número y artículo de la Ley de la jurisdicción (RCL 1998, 1741), como infracción del ordenamiento jurídico, y así lo entiende la jurisprudencia de esta sala.” (FJ 3)

En segundo lugar, el Tribunal hizo la siguiente aclaración:

“[...] dicho planteamiento es facultad del órgano jurisdiccional, de modo que su omisión no constituye vicio de forma ni incongruencia denunciabiles por el motivo del apartado 3.º del artículo 95.1 de la Ley jurisdiccional [hoy artículo 88.1.c) de la ley vigente].” (FJ 3)

En segundo lugar, el recurrente alegaba que España no había transpuesto las directivas a que se ha hecho referencia hasta el Real decreto 2072 de 1995, de 22 de diciembre, siendo así que lo tuvo que hacer a partir de 1 de enero de 1986 y no lo hizo hasta marzo de 1998 en el supuesto de los recurrentes, hecho que, según éste, suponía la infracción de varias sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En relación con la infracción del deber de transposición de una directiva, el Tribunal advirtió que, como ya había declarado anteriormente “tal omisión constituye *per se* infracción manifiesta y grave y por tanto dará lugar a la obligación de indemnizar si se cumplen los otros dos requisitos, a saber, que estemos ante una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que exista nexo causal entre la infracción y el daño” (FJ 4).

Por ello, procedió a analizar si “se cumplen esas otras condiciones precisas para declarar que existe la responsabilidad patrimonial de la Administración que se demanda” (FJ 4).

Al respecto, en primer lugar el Tribunal advirtió que:

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el carácter subsanable de los defectos en contratación administrativa, en el mismo sentido, ver las siguientes sentencias: STSJ de Madrid 919/2001, de 12 de septiembre de 2001; STS de 19 de enero de 1995 (Aranzadi 1995/546); STS de 4 de octubre de 1994 (Aranzadi 1994/7515), y STS de 15 de enero de 1999 (Aranzadi 1999/1312).

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 8622/1999

FECHA: 30 de abril de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Directiva 75/362/CEE de 16 de junio, y artículo 8 de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre libre circulación de médicos y reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos

DOCTRINA: Planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE. Transposición tardía de las directivas. Libre circulación de médicos y reconocimiento de títulos (FJ 3, 4, 5, 6, 7 y 8)

“[...] la Administración no permaneció impasible frente a las peticiones de homologación de títulos de los recurrentes sino que dio respuesta a las mismas, y así se cita la Sentencia de este Alto Tribunal de 17 de julio de 1996 (Aranzadi 1996, 6150) referida a una de las recurrentes, que desestimó el recurso planteado para obtener la homologación del certificado de estudios en inmunología y alergia que poseía por la Universidad René Descartes de París por el título español de médico especialista en immuno-alergología.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal analizó la jurisprudencia del TJCE que interpretaba las directivas invocadas por el recurrente. En este sentido, el Tribunal advirtió que:

“Así, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 93/16 prevé que el interesado obtendrá un nuevo diploma en el Estado miembro de acogida tras haber recibido, en su caso, una formación complementaria. Gracias a este diploma podrá ejercer posteriormente la especialidad médica de que se trate. El apartado 2 de dicho artículo obliga al Estado miembro de acogida a tener en cuenta, a la hora de determinar la formación complementaria necesaria, la cualificación profesional pertinente del interesado conforme a principios análogos a los desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales.” (FJ 6)

Por otro lado, el Tribunal señaló que:

“[...] las autoridades de un Estado miembro están obligadas, cuando examinen una solicitud de habilitación para ejercer una profesión regulada presentada por un nacional de otro Estado

miembro, a tomar en consideración la cualificación profesional del interesado efectuando una comparación entre, por una parte, las aptitudes acreditadas por sus diplomas, certificados y otros títulos, así como por su experiencia profesional pertinente, y, por otra, la capacitación profesional exigida por la legislación nacional para el ejercicio de la profesión de que se trate (véase la reciente Sentencia de 22 de enero de 2002, Dreessen, C-31/00 [TJCE 2002, 20], aún no publicada en la Recopilación, apartado 31).” (FJ 6)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

“Éste es el contexto general que lleva a la Directiva 93/16 a distinguir tres supuestos de hecho para el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de los médicos comunitarios que hayan recibido una formación médica especializada.” (FJ 6)

Dicho esto, el Tribunal procedió a analizar si se daban los supuestos de hecho mencionados. El primero se refería a “los médicos migrantes que dispongan de un diploma, de un certificado o de otro título acreditativo de una especialidad médica que, por un lado, forme parte de las especialidades comunes a todos los estados miembros, y por otro lado, esté incluida en la enumeración del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 93/16”.

Como señaló el Tribunal:

“Conforme al artículo 4 de esta directiva, el reconocimiento de dichos diplomas, certificados y otros títulos es automático e incondicional en todos los estados miembros.” (FJ 7)

El segundo supuesto era el de “los médicos migrantes que dispongan de un diploma, de un certificado o de otro título acreditativo de una especialidad médica que no forme parte de las especialidades comunes a todos los estados miembros, pero que se encuentre incluida en la lista de especialidades propias de dos o más estados miembros contemplada en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/16”.

En este caso:

“Conforme al artículo 6 de dicha directiva, el reconocimiento de tales diplomas, certificados y otros títulos es automático e incondicional entre los estados miembros de que se trate, pero sólo entre ellos.” (FJ 7)

Finalmente, el tercer supuesto era el de “[...] los médicos migrantes que deseen ejercer una especialidad médica en un Estado miembro y hayan recibido, en otro Estado miembro, una formación médica sancionada por un diploma, un certificado u otro título que no dé acceso al ejercicio de la especialidad médica de que se trate en el primer Estado miembro con arreglo al artículo 4 o al artículo 6 de la Directiva 93/16”.

Como advirtió el Tribunal:

“En tal caso, el artículo 8 de dicha Directiva tiene por objeto facilitar la libre circulación de estos médicos, permitiéndoles completar, en el Estado miembro de acogida y conforme a la normativa interna de éste, la formación necesaria para el ejercicio de dicha especialidad médica.” (FJ 7)

Según el Tribunal era este tercer supuesto en el que se encontraban los recurrentes, recordando que:

“[...] para ejercer esa especialidad en el Estado miembro de acogida, deben completar conforme a la normativa interna de éste, la formación necesaria para el ejercicio de dicha especialidad médica.” (FJ 7)

Dicho esto, el Tribunal indicó que:

“[...] esto es lo que en su momento les exigió el Estado español en las resoluciones de 9, 20 y 23 de marzo de 1998 de la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación y Desarrollo al condicionar el reconocimiento de la especialidad a la previa realización de una formación complementaria por un tiempo determinado y en las materias que concretó.” (FJ 7)

A continuación, el Tribunal analizó si con la actuación indicada, el Tribunal engendró la responsabilidad patrimonial exigida por el recurrente. En este sentido, el Tribunal recordó que:

“[...] con carácter general señala el Tribunal tres requisitos para que pueda darse lugar a la responsabilidad de un Estado miembro: a) Que la norma jurídica vulnerada ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares. b) Ha de tratarse de una violación suficientemente caracterizada. c) Ha de existir un nexo de causalidad directa entre la infracción de obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por el particular.” (FJ 8)

En relación dichos requisitos, el Tribunal advirtió que “[...] son, [...] necesarios y suficientes para dar lugar a la responsabilidad.” (FJ 8)

En relación con dichos requisitos, el Tribunal consideró que el primero se cumplía, “ya que la norma jurídica supuestamente vulnerada, en este caso la Directiva, confería derechos a los particulares” (FJ 8).

En cuanto al segundo punto, el Tribunal declaró que:

“[...] una violación es suficientemente caracterizada cuando una Institución o un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa, vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades [...] y, por otra parte, en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada.” (FJ 8)

Dicho esto, con respecto al caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

“[...] el Tribunal de Justicia si bien en su Sentencia de 16 de mayo de 2002 (TJCE 2002, 162) declaró que el Reino de España no ha adaptado correctamente su Derecho interno a lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 93/16, en ningún momento hizo referencia alguna a que como consecuencia de ese hecho hubiera incurrido en una violación suficientemente caracterizada.” (FJ 8)

En este sentido, el Tribunal indicó que:

“[...] la actitud de la Administración española no fue la de negar el reconocimiento de los diplomas, certificados o títulos que los demandantes poseían sino el condicionar su validez al cumplimiento del requisito de la adquisición de la formación complementaria exigida y una vez superado ese período de formación otorgó el pleno reconocimiento que tanto la directiva como el Tribunal exigían.”

Por ello el Tribunal llegó a la conclusión de que:

“[...] entre los pretendidos daños y perjuicios experimentados por los recurrentes y la no transposición de la directiva no existió la necesaria relación de causalidad para entender que de demostrarse aquellos habría de responder de ellos la Administración demandada.” (FJ 8)

En consecuencia, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJCE, ver las siguientes sentencias: STS de 22 de octubre de 2003 (Aranzadi 2003/8591), y STS de 11 de diciembre de 1996 (Aranzadi 1996/9076).

Sobre la transposición tardía de la Directiva 93/16, ver las siguientes sentencias: STJCE de 16 de mayo de 2002, y STS de 12 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/8844).

Sobre los requisitos que deben concurrir para que se de una violación suficientemente caracterizada, ver las siguientes sentencias: STJCE 25 de mayo de 1978, HNL, y otros/Consejo y

Comisión, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, rec. p. 1209, apartado 6, Brasserie du Pêcheur y Factortame (TJCE 1996/37), apartado 55 y British Telecommunications (TJCE

1996/56), apartado 42), y STJCE Hedley Lomas (TJCE 1996/90), apartado 28.

Tribunal Supremo. Responsabilidad de la Administración por daños sufridos en un centro escolar por un alumno de otro centro

SUPUESTO DE HECHO

En diciembre de 1998 un alumno de un colegio de la localidad de Bartolomé sufrió un grave accidente en la pista deportiva de otro colegio de la misma localidad, al caerle encima una canasta de baloncesto después de colgarse en la misma. El alumno fue ingresado en el hospital de la Seguridad Social de Jerez con un traumatismo craneoencefálico, siendo posteriormente trasladado al Hospital Puerta del Mar de Cádiz.

Tras el accidente se pudo comprobar que, si bien las canastas de baloncesto, ubicadas en las pistas del centro, tenían carácter fijo y se encontraban ancladas fuertemente con garras atornilladas, la canasta causante del accidente se encontraba en el suelo y una de las garras se había doblado inexplicablemente, ya que, al parecer, el peso del alumno hizo saltar uno de los tornillos. En el momento del accidente todo el personal del centro estaba en sus puestos.

Los padres del menor accidentado efectuaron reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, derivada de las lesiones causadas a su hijo, reclamación que fue desestimada tácitamente. Contra dicho acto, los padres del menor interpusieron un recurso contencioso-administrativo. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía declaró la falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera y estimó parcialmente el recurso, condenando a la Junta de Andalucía al abono de la indemnización que se establecía en dicha sentencia.

La Junta de Andalucía interpuso un recurso de casación contra la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Administración recurrente alegaba que, en contra de lo que sostenía la sentencia impugnada, la canasta de baloncesto no formaba parte del edificio, con lo que se infringía la disposición adicional 17 de la LOGSE, que dispone que "1. La conservación, el mantenimiento, y la vigilancia de los edificios destinados a centros de educación infantil de segundo ciclo, primario o especial, dependientes de las administraciones educativas, corresponderán al municipio respectivo. No obstante, dichos edificios no podrán destinarse a otros servicios o finalidades ni autorización previa de la Administración educativa correspondiente", y los artículos 334.4 y 376 del Código civil. El artículo 334.4 del CC define como bienes inmuebles "4.º. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma".

Por su parte, el artículo 376 del CC dispone que:

"Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquélla a que se ha unido otra por adorno, o para su uso o perfección."

En este sentido, la Junta de Andalucía alegaba que:

"[...] la canasta de baloncesto es inmueble en cuanto que es un utensilio unido al edificio en que tiene su sede el centro educativo de que se trata (arg. artículo 334.4.º), edificio cuya consideración de inmueble es innegable (arg. artículo 334.1.º), y en cuanto que es accesorio de ese edificio al que se une (artículo 376). Y cómo la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios educativos [y el que aquí está siendo considerado lo

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 4154/2002

FECHA: 28 de junio de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Francisco González Navarro

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Junta de Andalucía

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Disposición adicional 17 de la Ley orgánica 1/1990, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), y artículos 334.4 y 376 del Código civil

DOCTRINA: Responsabilidad de la Administración por daños sufridos en un centro escolar por un alumno de otro centro (FJ 4)

es: de educación infantil de segundo ciclo) [...] corresponde al municipio, es el Ayuntamiento de Jerez el que, en su caso, tendría que responder y no la Junta de Andalucía." (FJ 4)

En respuesta a estas declaraciones de la Junta de Andalucía, el Tribunal advirtió que:

"[...] la Junta de Andalucía silencia dos cosas: el alcance de la titularidad que ostenta en relación no sólo con el edificio sino también sobre la actividad educativa que en él se realiza, y las fundadas dudas que a los propios servicios jurídicos de la Junta de Andalucía se le suscitaron en relación con el problema de la imputabilidad del accidente sufrido por el hijo de los reclamantes." (FJ 4)

Por otro lado, el Tribunal recordó que en un informe realizado por el Gabinete Jurídico de la propia Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, se decía que:

"El carácter móvil de las canastas implicaría que las mismas fueran utilizadas sólo en ocasiones, lo que daría lugar a una actividad de transporte desde el lugar de su ubicación natural a otros donde no estorbaran para la utilización de la pista deportiva con otros fines, o bien para la utilización misma de la canasta en lugar distinto a aquel donde se fijaron inicialmente. En este caso, carecen las canastas de un destino ligado íntimamente al suelo, por lo que no es reputable respecto de las mismas al carácter de inmueble en los términos configurados con anterioridad. Su conceptualización recibiría en el material —mueble— docente vario que es utilizado en la impartición de la docencia, material cuya conservación mantenimiento difícilmente es reputable a la corporación local, por razones varias: en primer lugar, porque la interpretación de la disposición adicional 17 de la LOGSE (RCL 1990, 2045) hasta estos extremos es forzada hasta el absurdo jurídico, y en segundo porque carece de sentido exigir a la corporación local un seguimiento de material, como es el mobiliario, cuyo estado es difícilmente constatable por una administración a la que no pertenece el personal que lo utiliza." (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el primer motivo.

Como segundo motivo de casación, el recurrente alegaba que:

“El daño causado al hijo de la parte recurrente no puede imputarse a la Administración educativa por tratarse de un hecho ajeno a la actividad educativa de la que es.”

Sin embargo, al respecto el Tribunal destacó un dato al que no hacía referencia la Administración recurrente:

“[...] la entrada y salida del alumnado al centro se hace sin control adecuado [...] saber quien entra y sale del mismo, [es un] deber que incumbe a la Administración educativa.” (FJ 4)

Por ello el Tribunal entendió que:

“[...] como ese deber de control elemental ha fallado, es la Junta de Andalucía –Administración educativa– y no el Ayuntamiento quien debe responder. Ciertamente es que el lesionado estaba sujeto a la disciplina de otro centro educativo –privado y no público–, y que incumplió su deber de asistencia al mismo –lo

que, según resulta de las actuaciones, había ocurrido más de una vez–, pero no es menos cierto que la sentencia da como probado, en una de las incidentales referencias que hace sobre los hechos –cfr. fundamento 3.º, párrafo último–, que ‘Está acreditado en autos que la entrada del menor lesionado en el colegio público se produjo por lugar habilitado para ello, a ciencia y paciencia de las personas encargadas de la vigilancia del centro y que además no era la primera vez que se producía. Es decir, la Administración habría tolerado que el menor, y quizás otros, entrasen en el colegio a disfrutar de las instalaciones deportivas’.” (FJ 4)

En virtud de lo indicado, el Tribunal también desestimó el segundo motivo indicado y, en consecuencia, declaró no haber lugar al recurso de casación.

Tribunal Supremo. Responsabilidad de la Administración por daños sufridos por un menor como consecuencia de la explosión de un artefacto pirotécnico no retirado tras unas fiestas populares

SUPUESTO DE HECHO

Un menor sufrió daños corporales de distinta gravedad como consecuencia de la explosión de artefactos pirotécnicos sobrantes de castillo de fuegos artificiales disparado en fiestas populares del municipio de Carballo, y no retiradas de la vía pública con posterioridad. Tras ello, los padres del menor efectuaron una reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Carballo, que fue desestimada por el mismo. Contra dicha resolución, los padres del menor interpusieron un recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Contra dicha resolución, los recurrentes interpusieron Recurso de casación para unificación de doctrina, que fue admitido por el Tribunal Supremo, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto y condenando al ayuntamiento demandado a abonar al reclamante la cantidad de 14.452.264 pesetas, equivalentes a 86.859,86 euros, con los intereses legales correspondientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal apreció discrepancias entre la doctrina del Tribunal Supremo y la sentencia impugnada. Dicho esto, el Tribunal citó varios preceptos de la sentencia de contraste invocada por el recurrente [STS de 17 de noviembre de 1998 (Aranzadi 1998/9149)]. En ella, el Tribunal Supremo había declarado que:

“a) No se rompe el nexo causal por el hecho de que la gestión de las fiestas populares haya sido encomendada a comisiones o incluso a personas jurídicas independientes incardinadas en la organización municipal (así en los fundamentos 1.º y 2.º); b) El nexo causal se mantiene en aquellos casos en que el ayuntamiento omite elementales medidas que eviten el riesgo, perfectamente previsible, de manipulación por los menores de los restos de los artificios utilizados para los fuegos artificiales, y ni siquiera permite establecer una moderación de la responsabilidad de la Administración.” (FJ 3)

Asimismo, en la sentencia indicada, el Tribunal Supremo había declarado que:

“[...] se reconoce la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Canals por los daños corporales sufridos por el menor recurrente por la explosión de artefactos pirotécnicos sobrantes del castillo de fuegos artificiales disparado en las fiestas del anexo de Ayacor correspondiente al citado municipio.” (FJ 3)

Además, el Tribunal recordó que:

“[...] se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de la determinación de si existe respon-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 98/2002

FECHA: 12 de julio de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Francisco González Navarro

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Carballo

DOCTRINA: Responsabilidad de la Administración por daños sufridos por un menor como consecuencia de la explosión de un artefacto pirotécnico no retirado tras unas fiestas populares (FJ 3)

sabilidad patrimonial de la Administración titular por los daños causados por su celebración, el supuesto de fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por éstos, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal [...]” (FJ 3)

Finalmente, el Tribunal declaró que:

“[...] frente a la relevancia causal absolutamente prioritaria de la omisión por el ayuntamiento de elementales medidas encaminadas a evitar el riesgo de manipulación por los menores de los restos de los fuegos de artificios, la conducta de los menores concurrentes, de carácter previsible, consistente en acudir al lugar a retirar y manipular los restos del castillo de fuegos artificiales disparado el día anterior, se presenta como ausente de relevancia suficiente no ya para determinar la ruptura del nexo de causalidad.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal admitió el recurso, en los términos indicados en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Atribuyendo a la Administración la responsabilidad por los daños causados por la celebración de fiestas populares, ver las siguientes sentencias: STS de 17 de noviembre de 1998 (Aranzadi 1998/9149); STS de 13 de septiembre de 1991 (Aranzadi 1991/6597); STS de 11 de mayo de 1992 (Aranzadi 1992/4303); STS de 23 de febrero de 1995 (Aranzadi 1995/1280); STS de 25 de mayo de 1995 (Aranzadi 1995/4031); STS de 18 de diciembre

de 1995 (Aranzadi 1995/9408); STS de 25 de octubre de 1996 (Aranzadi 1996/7124); STS de 15 de diciembre de 1997 (Aranzadi

1997/9357); STS de 4 de mayo de 1998 (Aranzadi 1998/4593), y STS de 19 de junio de 1998 (Aranzadi 1998/5254), entre otras.

Tribunal Supremo. Plan director de un aeropuerto. Necesidad de someter a evaluación de impacto ambiental las políticas, planes o programas. Evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica

SUPUESTO DE HECHO

Varias personas interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra la orden del Ministerio de Fomento por la que se aprobaba el Plan director del Aeropuerto de Barcelona, siendo partes demandadas Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea y la Administración General del Estado. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó el recurso. Contra dicha resolución, los recurrentes interpusieron un recurso de casación, que declaró no haber lugar al recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los recurrentes alegaban la existencia de un vicio de falta de motivación e incongruencia. En concreto, los recurrentes alegaban la falta de motivación en relación con las particulares características ecológicas que concurren en el entorno del Aeropuerto de Barcelona, en el que existía una zona especial de protección de aves (ZEPA) que obligaba a la aplicación de las normas reguladoras de la misma (Real decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, que transpone la Directiva 1992/43/CEE, de 21 de mayo, sobre conservación de los hábitat naturales de la fauna y flora silvestres). Según los recurrentes, tal argumentación había carecido de concreta respuesta en la sentencia de la sala de instancia. En concreto, los recurrentes sostenían que la argumentación carente de respuesta era la relativa a la aplicación del artículo 6.3 del mencionado Real decreto 1997/1995 (que transpone el mismo 6.3 de la Directiva 1992/43). Dicho precepto dispone que “cualquier plan o proyecto que, sin tener una relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar”. De dicho precepto, la parte recurrente deducía que “cualquier plan que pueda afectar a una ZEPA debe ser sometido a un EIA.” Afirmación que, según la parte recurrente, había carecido de respuesta en la sentencia de instancia.

Sobre esta cuestión, el Tribunal entendió que:

“[...] el pronunciamiento jurisdiccional ha existido, en los términos, si se quiere genéricos, requeridos por la jurisprudencia, y ha constituido una respuesta motivada y razonada no sólo a las pretensiones formuladas sino también a las alegaciones por las partes deducidas.” (FJ 3)

En relación con la motivación, el Tribunal advirtió que:

“Las recurrentes, en realidad, no niegan la existencia de una motivación en la sentencia, por cuanto lo que las mismas exponen en el desarrollo del motivo es una discrepancia con la fundamentación y motivación que la misma contiene. Esto es, la sentencia se ha pronunciado –si bien en un sentido negativo– sobre la cuestión relativa a la aplicación de la normativa general sobre el EIA al concreto supuesto de la aplicación de un plan director.” (FJ 3)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

“Cuestión diferente es si la sentencia se ha pronunciado sobre [...] la aplicación de la específica normativa que se cita (artículos 6.3 del Real decreto 1997/1995, de 7 de diciembre y de la Directiva 1992/43/CEE, de 21 de mayo), como consecuencia de la existencia de unas ZEPA en las inmediaciones del Aeropuerto de Barcelona.” (FJ 3)

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 1355/2002

FECHA: 7 de julio de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Administración General del Estado. Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 6.3 del Real decreto 1997/1995; artículo 6.3 de la Directiva 1992/43; artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG)

DOCTRINA: Plan director de un aeropuerto. Necesidad de someter a evaluación de impacto ambiental las políticas, planes o programas. Evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica (FJ 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11)

En consecuencia el Tribunal rechazó el primer motivo.

En segundo lugar, la parte recurrente alegaba la infracción del artículo 6.3 del Real decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, que transpone la Directiva 1992/43/CEE, de 21 de mayo, sobre conservación de los hábitat naturales de la fauna y flora silvestres. Dicho precepto, en su versión estatal transpuesta, dispone que “cualquier plan o proyecto que, sin tener una relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar”. La parte recurrente alegaba que, en la medida que el plan iba a afectar a una ZEPA, era necesaria, por aplicación de los preceptos mencionados, la “adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar”, entendiendo la parte recurrente que ello implica una remisión “a los métodos y procedimientos generales de evaluación de impacto ambiental”, esto es, del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, y el Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que lo desarrolla y que son, a su vez, transposición de la Directiva 85/337/CE de 27 de junio.

Sobre este punto, el Tribunal entendió que la cuestión de fondo se centraba en analizar si “[...] con la Directiva comunitaria 1992/43/CEE, de 21 de mayo, de precedente cita, y su consiguiente transposición interna (mediante el Real decreto 1997/1095) se estaba imponiendo en nuestro país la obligación de proceder a la evaluación ambiental de los planes a los que el precepto se refiere. Dicho de otro modo, si en el artículo 6.3 de ambos textos, se estaba ya imponiendo una evaluación ambiental estratégica (EAE), propia de las ‘políticas, planes y programas’, o, por el contrario, continuábamos en el ámbito temporal de la EIA. Cuestión complementaria de la anterior sería el pro-

nunciamiento, en su caso –si descartáramos la existencia de un supuesto de la EAE–, sobre la necesaria amplitud que los preceptos exigirían a la EIA, y, en concreto, si la misma debía concluir con un DIA, de conformidad con la normativa general interna sobre evaluación de impacto ambiental” (FJ 5).

Al respecto, el Tribunal señaló que:

“[...] ha sido con posterioridad a la resolución del Ministerio de Fomento que aquí nos concierne, cuando la EAE ha alcanzado un generalizado nivel de exigencia jurídica, tras un largo período de lenta evolución.” (FJ 6)

En relación con la evolución de la normativa, el Tribunal señaló que:

“[...] el cambio trascendental se ha producido con la promulgación de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, cuyo plazo de transposición (artículo 13) concluye el próximo día 21 de este mismo mes de julio de 2004.” (FJ 6)

En este sentido, el Tribunal añadió que:

“[...] la EAE va a suponer trasladar, ampliar y abrir el proceso decisonal en sus niveles iniciales, evitando así políticas, programas o planes viciados, que arropan o esconden proyectos preconcebidos.” (FJ 6)

Aun así, el Tribunal admitió en relación con la Directiva 2001/42/CE, que:

“[...] no es menos cierto que con anterioridad a la misma se han producido, en el ámbito de la Unión Europea, determinados antecedentes, encaminados todos ellos a la superación del tradicional binomio ‘evaluación ambiental-proyecto’, para hacer extensiva la misma evaluación –con un diferente contenido– a las políticas, planes o programas.” (FJ 7)

Dicho esto, el Tribunal se centró en la cuestión debatida, recordando que, como señalaba la parte recurrente:

“[...] se está ante un plan que va a afectar a una ZEPA, lo cual exige, por aplicación de los citados preceptos 6.3 del Real decreto 1997/1995 y de la directiva que transpone, la ‘adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar’, entendiendo la parte recurrente que ello implica una remisión ‘a los métodos y procedimientos generales de evaluación de impacto ambiental, esto es, del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, y el Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que lo desarrolla y que son, a su vez, transposición de la Directiva 85/337/CE, de 27 de junio.’”

O, dicho de otro modo:

“[...] aunque no es exigible a la previa aprobación del plan una previa EAE (por su posterior aprobación y exigencia), lo que sí requiere es una EIA, en los términos en que la misma se contempla en Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, y el Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que lo desarrolla, y que son, a su vez, transposición de la Directiva 85/337/CE, de 27 de junio.” (FJ 8)

Sin embargo, el Tribunal consideró que:

“[...] tampoco esta exigencia resulta de recibo, debiendo afirmarse que los citados preceptos (6.3 del la directiva y el real decreto) tampoco imponen una evaluación de las características de las contemplada en la normativa, interna y europea, de precedente cita.” (FJ 8)

En este sentido, el Tribunal advirtió que:

“La respuesta [...] ha de ser negativa, pues cuando los artículos 6.3 de la normativa citada señalan, en síntesis, que ‘cualquier plan [...] se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar [...]’, no se está exigiendo una EIA, tal como las mismas se contemplan en el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio (y el Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que lo desarrolla), o en la Directiva 85/337/CE, de 27 de junio, que el mismo transpone.” (FJ 9)

Según el Tribunal:

“Así lo ha reconocido, de forma expresa, la posterior modificación de la citada Directiva (1), y así –con tal ámbito– la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (2) como del Constitucional (3) ha dibujado el ámbito de las EIA, excluyendo de las mismas a los planes o cualquier otro instrumento de actuación que no sean los proyectos.” (FJ 9)

En este sentido, el Tribunal recordó que:

“En el considerando 10 de la Directiva 1997/11/CE, de 3 de marzo de 1997, que modifica la Directiva 85/337/CEE, se expresa que ‘la existencia de un criterio de localización relativo a las áreas de especial protección designadas por los estados miembros de conformidad con las directivas 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de aves silvestres, y 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres, no implica necesariamente que los proyectos situados en esas áreas tengan que ser automáticamente sometidos a una evaluación con arreglo a la presente Directiva’.” (FJ 9)

Asimismo, en relación con el ámbito de las EIA, el Tribunal recordó que con anterioridad había declarado que:

“La Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/337/CEE, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, no impone a los estados miembros un tratamiento jurídico-procesal de tales evaluaciones que permita su control jurisdiccional autónomo o desligado del que quepa abrir contra la resolución autorizatoria del proyecto; ni impone tampoco lo contrario [...]” (FJ 9)

Por otra parte, el Tribunal recordó que:

“La transposición de dicha directiva a nuestro Derecho interno se llevó a cabo a través del Real decreto legislativo número 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, cuya normativa se desarrolla en el reglamento para su ejecución, aprobado por Real decreto número 1131/1988, de 30 de septiembre. De ese conjunto normativo fluye la idea de que la evaluación de impacto ambiental (EIA, en lo sucesivo) constituye una técnica singular que introduce la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente (preámbulo del real decreto legislativo en el inciso primero de su párrafo segundo), que supone y garantiza una visión más completa e integrada de las actuaciones sobre el medio en que vivimos (preámbulo del real decreto, en su párrafo segundo) y, en definitiva, una mayor reflexión en los procesos de planificación y de toma de decisiones (ídem); se trata de tener en cuenta a priori las incidencias que puedan derivarse de los procesos técnicos de planificación y de decisión, de tal manera que no se ejecute ninguna actividad que conlleve incidencias notables, sin que previamente se haya realizado un estudio evaluatorio de las mismas (preámbulo de la norma reglamentaria, en su párrafo tercero).” (FJ 9)

Por su parte, el Tribunal recordó que el Tribunal Constitucional ha declarado que:

“La declaración de impacto ambiental, a cargo de la autoridad competente en materia de medio ambiente, en esencia, se pronuncia sobre la conveniencia o no de ejecutar las obras o actividades proyectadas y, en caso afirmativo, las condiciones a que ha de sujetarse su realización, para evitar, paliar o compensar las eventuales repercusiones negativas que sobre el ambiente y los recursos naturales puede producir aquélla.” (FJ 9)

Lo anterior permitía al Tribunal llegar a la conclusión de que:

“[...] las EIA y su correspondiente (o precipitado) DIA, giran en torno al concepto de proyecto, concepto que no es asimilable, en modo alguno, al de política, plan o programa.” (FJ 9)

En consecuencia, el Tribunal también rechazó el segundo motivo de casación, declarando lo siguiente:

“Debe rechazarse el analizado segundo motivo y la infracción de los preceptos que se dicen vulnerados, por cuanto, según consta en las actuaciones, por una parte, con fecha de 31 de mayo de 1999 el secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes del Ministerio de Fomento dirigió a la Dirección General XI de la Comisión Europea, para dar cumplimiento a los apartados 3 y 4 del artículo 6 de la Directiva 93/42, el denominado ‘documento justificativo del interés público de la obra a realizar y las medidas compensatorias que se proponen para salvaguardar las zonas La Ricarda y El Remolar, en cumplimiento de la Directiva 92/42/CEE’; y, por otra parte, con fecha de 9 de enero de 2002 fue aprobada por la Secretaría General de Medio Ambiente una resolución por la que se formuló la declaración de impacto ambiental del proyecto de ampliación del Aeropuerto de Barcelona, de conformidad con el ‘Proceso secuencial’ al que se hace referencia en la sentencia de instancia.” (FJ 9)

Como tercer motivo de casación, la parte recurrente alegaba la infracción del artículo 1 del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, que transpone la Directiva 85/337CEE, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

Sobre este punto, el Tribunal se remitió a la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en el sentido de “considerar los planes directores como algo distinto a los proyectos”. Al respecto, el Tribunal señaló que:

“[...] interpretando el citado artículo 1 de la Directiva Comunitaria 85/337CEE se ha venido señalando que ‘el concepto de proyecto, a diferencia del de plan o programa, aparece unido a trabajos de construcción, obra o instalación, es decir, a la idea de ejecución o realización. El proyecto habrá de conectarse con el requisito de la autorización, como exige la normativa comunitaria, a cuya luz ha de efectuarse la interpretación de la legislación interna de transposición’. Por ello el plan director ‘en modo alguno supone un proyecto a ejecutar directamente ni una autorización al maestro de obras (término comunitario) para la realización de obras o instalaciones’; y, en consecuencia, los citados planes ‘a diferencia de los proyectos de ejecución, no tienen la precisión necesaria para poder ejecutar una evaluación medio ambiental adecuada y ponderar las medidas protectoras y correctoras aplicables’.” (FJ 10)

En consecuencia, el Tribunal también rechazó el tercer motivo, declarando al respecto lo siguiente:

“[...] debemos rechazar también este tercer motivo al no poder considerar al Plan director del Aeropuerto de Barcelona como un auténtico proyecto. Su grado de concreción se limita al establecimiento de las grandes zonas que tal nivel de planeamiento implica, pero sin constituir el auténtico proyecto del Aeropuerto de Barcelona; como antes hemos expresado, con fecha de 9 de enero de 2002, fue aprobada por la Secretaría General de Medio Ambiente, resolución por la que se formuló una declaración de impacto ambiental del Proyecto de ampliación del Aeropuerto de Barcelona, de conformidad con el ‘proceso secuencial’ al que hace referencia la sentencia de instancia.” (FJ 10)

Finalmente, la parte recurrente alegaba la infracción de los artículos 84 de la LRPAC y 24.1 de la LG, en relación con las normas de aprobación de los planes directores, al haberse obviado en la aprobación del concreto plan director que se examina los trámites de audiencia e información pública, previstos en los preceptos invocados como infringidos, “bien en su consideración de acto administrativo, bien en el de norma reglamentaria” (FJ 11).

Al respecto, el Tribunal declaró que:

“[...] las singulares características de plan director, que con reiteración hemos detallado en los anteriores fundamentos al responder a los motivos segundo y tercero (y cuya específica tramitación no exige el trámite, como hemos señalado), nos obligan a confirmar la tesis mantenida en la sentencia de instancia, por cuanto en el ‘proceso secuencial’, que con el plan simplemente se inicia, los interesados contarán con la oportunidad de audiencia (proporcionada a sus concretos intereses) en los diversos —y mas concretos— instrumentos que a lo largo del mismo sin duda habrán de producirse.” (FJ 11)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso interpuesto, con condena en costas a la parte recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la motivación de las sentencias: STS de 14 de mayo de 2002 (Aranzadi 2002/6774), y STS de 21 de marzo de 2002 (Aranzadi 2002/4318).

Sobre la incongruencia omisiva, ver las siguientes sentencias: STC de 9 de febrero de 2004 (Aranzadi 2004/8); STC de 20 de enero de 2003 (Aranzadi 2003/6); STC de 14 de octubre de 2002 (Aranzadi 2002/186), y STC de 16 de mayo de 2000. (Aranzadi 2000/124).

Sobre la incongruencia: STC de 16 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/114), y STC de 19 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/91).

Sobre la improcedencia de exigir una evaluación de impacto ambiental a planes, ver las siguientes sentencias: STJCE de 22 de octubre de 1998 (TJCE 1998/246); STS de 24 de febrero de 2004 (Aranzadi 2004/1896); SAN de 30 de septiembre de 2002 (Aranzadi 2002/1211); SAN de 12 de junio de 2002 (Aranzadi 2003/67939); SAN de 14 de noviembre de 2001 (Aranzadi 2002/10386), y SAN de 25 de septiembre de 2001 (Aranzadi 2002/43).

Sobre la naturaleza y ámbito de aplicación de la evaluación de impacto ambiental, ver las siguientes sentencias: STC de 22 de enero de 1998 (Aranzadi 1998/13); STS de 13 de octubre de 2003 (Aranzadi 2003/8871); STS de 25 de noviembre de 2002 (Aranzadi 2002/10506), y STS de 13 de noviembre de 2002 (Aranzadi 2002/10019).

Tribunal Supremo. Ruido producido por el tráfico aéreo en una zona edificada. Derecho a la integridad física. Falta de prueba de la intensidad de ruidos y efectos gravemente perjudiciales

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Gavà interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la actuación material de las autoridades competentes que permitían el aterrizaje o despegue de aeronaves que, según éste, con sus emisiones sonoras, ponían en peligro la integridad física de las personas que habitan el barrio Gavà-Mar, dada la perturbación que producían en el sueño y en la salud en general e incidían en la intimidad personal y familiar. La Administración recurrente pretendía que se declarara la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física (artículo 15 de la CE), a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (artículos 17 y 18 de la CE) y a la libre elección de residencia (artículo 19 de la CE) y que se ordenara a AENA y a la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio de Fomento, cada cual en el marco de sus respectivas competencias, la prohibición de que las aeronaves con origen o destino en el Aeropuerto de Barcelona sobrevolaran el barrio de Gavà-Mar, generando una contaminación acústica igual o superior a 65 decibelios (A) en horario nocturno.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó el recurso, alegando falta de legitimación activa del Ayuntamiento, y la inexistencia de acto administrativo, entre otros motivos.

Contra la mencionada resolución, el recurrente interpuso un recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo, con imposición de costas a la Administración recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En los fundamentos de derecho, el Tribunal se remitió a lo declarado por la sentencia de instancia. En este sentido, advirtió que:

"[...] en la ordenación del territorio confluyen intereses supralocales, mientras que en el urbanismo son meramente locales, constituyendo ámbitos con competencias ostentadas por distintas administraciones que no siempre muestran la necesaria y debida coordinación, y que en el plano urbanístico la clasificación del suelo, en cualquiera de las leyes urbanísticas de los últimos años [...] constituye una decisión discrecional salvo para aquél que reúna plenamente las condiciones estrictas para ser calificado como suelo urbano, añadiendo luego que la vocación urbanística del suelo urbanizable programado o no constituye una libre opción de los órganos de la Administración con competencia urbanística, esencialmente los ayuntamientos, mediante sus aprobaciones iniciales y provisionales de los planeamientos generales de ordenación urbana o sus revisiones desclasificando suelo." (FJ 5)

Por su parte, el Tribunal recordó que en la sentencia de instancia se había declarado que:

"[...] habiendo normas vinculantes de la comunidad en razón de su aplicabilidad dos meses después de su entrada en vigor el 4 de mayo de 1999, reduciéndose para el barrio de Gavà-Mar el valor de inmisión a 65 y 55, según las horas y la anticipación aplicativa de las directrices comunitarias en la materia (cuya pretensión de anticipación aplicativa reclamada por el recurrente) no puede ser acordado por los tribunales al no existir un deber inmediato de ejecución mientras no expire el plazo de incorporación, sin que el encargo de la Comisión de Urbanismo sobre indicación de los niveles de ruido actuales en la zona del aeropuerto de Barcelona haya desplegado efectos en el planeamiento, y sin que parezca que fuera asumida la conclusión de que el incremento del tráfico aéreo obliga a zonificar la zona cercana al aeropuerto, en funciones de la distinta exposición,

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 8362/1999

FECHA: 27 de abril de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Fernando Martín González

DEMANDANTE: Ayuntamiento de Gavà

DEMANDADO: Administración General del Estado. Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 15, 17, 18 y 19 de la CE

DOCTRINA: Ruido producido por el tráfico aéreo en una zona edificada. Derecho a la integridad física. Falta de prueba de la intensidad de ruidos y efectos gravemente perjudiciales (FJ 5, 8, 10, 11 y 12)

en concreto en lo que se refiere a la línea a partir de la cual no deberían instalarse viviendas." (FJ 5)

Por ello, según el Tribunal:

"[...] lo actuado no conduce a concluir un determinado número de decibelios, ni su incidencia real en las personas, tras remitirse a los artículos 14 y 53, 2 de la Constitución, refiriéndose también a que estamos ante unos elementos de prueba que si bien nos ilustran que en la zona de influencia aeroportuaria los decibelios soportados son más elevados que en otras zonas del territorio no ostentan un carácter incontrovertible en cuanto al exacto nivel sonoro, al no existir una fehaciencia acerca de la discriminación de sonidos naturales o artificiales en las medidas tomadas por la parte actora, que no interesó que se recabaran los resultados obtenidos, ni consta que AENA o Aviación Civil hayan comunicado los resultados." (FJ 5)

Asimismo, el Tribunal estuvo de acuerdo con la sentencia de instancia en que:

"[...] es cierto que el sometimiento a un ruido excesivo produce en los ciudadanos efectos perjudiciales fisiológicos o psicológicos incidiendo, también, en sus actividades de comunicación y trabajo, pero no todos los ruidos proceden del mismo tipo de fuentes, habiendo ruidos evitables mediante su total o mediante la adopción de medidas que los hagan más soportables, y otros que son inevitables en nuestra civilización, en cuyo 'último campo deben incluirse los aviones' [...], sin que documentos redactados en cualquier idioma que no sea el castellano o el de la comunidad autónoma puedan ser considerados prueba documental en los términos de las leyes procesales, concluyendo, al referirse a un informe emitido por el coordinador del Instituto Clínico de Psiquiatría y Psicología de Barcelona, que no existen, pues, elementos suficientes que conduzcan a entender una lesión en la integridad física o psíquica de las personas protegidas por el artículo 15 de la Constitución, haciendo referencia a sentencias, antes citadas, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como a que no se ha constatado medida alguna de la corporación actora para frenar el crecimiento urbanístico en zona de tráfico aéreo en las que resta suelo pendiente de urbanización." (FJ 5)

Además, en dicha sentencia se señalaba que:

"[...] ha de partirse de una intromisión justificada de la contaminación acústica en razón al interés general, siendo significa-

tiva la ausencia de una injerencia grave con producción de daño aquí no demostrado, con referencia luego a otros extremos, y, entre ellos, a que cabe considerar la previsión de realización del estudio de impacto ambiental con ocasión de las obras de ampliación del aeropuerto, así como que faltan programas de aislamiento acústico de viviendas y la exigencia rigurosa por la corporación municipal, al conceder licencias de construcción, del cumplimiento de las normas básicas de la edificación, aludiéndose también a que en la elaboración de medidas paliativas puede intervenir la corporación actora o los vecinos mediante los trámites de consulta e información pública del estudio de impacto ambiental, pues será en los ámbitos del plan director y estudio de impacto ambiental donde deberá examinarse la viabilidad de la transposición de los procedimientos antiruidos.” (FJ 5)

Como tercer motivo, el recurrente invocaba la infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que produzcan indefensión por denegación de la prueba testifical propuesta, que se rechazó. El Tribunal tampoco admitió dicho motivo, por cuanto:

“[La prueba testifical propuesta] versaba sobre ruidos y molestias producidos por los aviones en los vecinos de Gavà, y tal falta de prueba no es de aquéllas que producen indefensión en cuanto que aquéllos iban a declarar sobre hechos que nadie ha negado, ni rechazan en la sentencia, que sí admite dichos ruidos y molestias, pero que desestima el recurso por razón de su probada intensidad, sobre lo que la prueba testifical no hubiera tenido, de practicarse, e incluso en caso de que los testigos contestaran afirmativamente, trascendencia ni virtualidad alguna.” (FJ 8)

Como motivos segundo y cuarto, los recurrentes alegaban la infracción de las “normas del ordenamiento estatal y de la juris-

prudencia que fueren aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, y por vulneración de la legalidad ordinaria lesionando los derechos fundamentales de la persona” (FJ 10).

Al respecto, el Tribunal declaró que:

“[...] no cabe concluir en la existencia de un determinado número de decibelios ni su incidencia real en las personas, de que los elementos de prueba no ostentan un carácter incontrovertible en cuanto al exacto nivel sonoro, de que no existen elementos suficientes que conduzcan a entender una lesión en la integridad física o psíquica de las personas, de la existencia anterior del aeropuerto con relación, al barrio y de la inaplicabilidad de las sentencias mencionadas, de cuyos razonamientos no puede apartarse esta Sala, bien porque confirman hechos intangibles en casación, bien porque consideramos ajustados a Derecho tales razonamientos que, en realidad, no han sido atacados en el recurso interpuesto con la necesaria claridad, sino a través de otros distintos, lo que explica la desestimación de tales motivos.” (FJ 11)

Finalmente, el Tribunal declaró que:

“Nadie niega ahora [...] que el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno y puede ser una fuente de permanente perturbación en la calidad de vida, que puede atentar o pone en peligro la salud de las personas y la inviolabilidad del domicilio, pero siempre que los ruidos sean evitables e insoportables, calificativos que aquí no concurren, pues la evitabilidad debe producirse a tenor de las medidas previstas, pero aquí no aplicables ahora, y la insoportabilidad, como tal, no consta en la sentencia recurrida.” (FJ 12)

En consecuencia, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente.

Tribunal Supremo. Régimen de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración. Participación en la gestión y tramitación de la junta de compensación de la ejecución de un polígono industrial de funcionarios que ostentaban la cualidad de accionistas y administradores de las sociedades partícipes

SUPUESTO DE HECHO

Una empresa solicitó al Ayuntamiento de Las Rozas la aprobación del plan parcial del sector IV-2-B del plan general de ordenación urbana de dicho municipio, clasificado como suelo urbanizable programado, siendo la sociedad mencionada propietaria de varios terrenos del polígono industrial mencionado, con un total de edificabilidad de veinticuatro parcelas, asignadas por el proyecto de compensación del polígono mencionado. Los servicios técnicos de urbanísticos del Ayuntamiento emitieron un informe favorable respecto a la tramitación para la clasificación del sector IV-2-B del plan general de ordenación urbana del municipio como suelo urbano y la constitución de la Junta de Compensación correspondiente, siendo firmado el informe por el funcionario municipal arquitecto jefe J, que había asistido a varias reuniones de la Asamblea General de la Junta de Compensación, así como a reuniones del Consejo Rector de la Junta, en función de asistencia y asesoramiento de los concejales del Ayuntamiento, constando acreditado que en la Junta de Accionistas de la empresa figuraba como vocal J y también JA, quien había pertenecido a ese Consejo de Administración hasta el 1 de julio de 1991.

El Pleno del Ayuntamiento de Las Rozas acordó la imposición de una sanción a J y JA por la trasgresión del régimen de incompatibilidades, al haber participado éstos en las reuniones de la Junta de Compensación en su doble condición de funcionarios del Ayuntamiento y de accionistas las sociedades partícipes

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 3437/1999

FECHA: 20 de julio de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Juan José González Rivas

DEMANDANTE: Funcionarios públicos

DEMANDADO: Ayuntamiento de Las Rozas

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 62.1.b y e), 102, 103 y 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículo 31.1.h) de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública; artículos 24 y 151 del Texto refundido de la Ley de régimen local (TRLR), y artículo 23.2 de la Ley de bases del régimen local (LBRL)

DOCTRINA: Régimen de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración. Participación en la gestión y tramitación de la junta de compensación de la ejecución de un polígono industrial de funcionarios que ostentaban la cualidad de accionistas y administradores de las sociedades partícipes (FJ 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11 y 12)

en la mencionada Junta de Compensación. En concreto, dicho acuerdo estimaba que los hechos eran constitutivos de una falta muy grave tipificada en el artículo 31.1.h) de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, consistente en el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, en conexión con los artículos 1.3, 11.1 y 12.1.a) y b) de la Ley 53/1984, de incompatibilidades de personal al servicio de las administraciones públicas, y a tenor de las previsiones contenidas en los artículos 14, 15 y 16 del Reglamento de régimen disciplinario de funcionarios civiles de la Administración del Estado, aprobado por Real decreto 33/1986, aplicable subsidiariamente, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad aplicable a la sanción, la intencionalidad de la comisión de la falta considerada por infracción de las normas sobre incompatibilidades, la situación prolongada durante años y la condición de funcionarios cualificados en el ámbito de planeamiento y gestión urbanística del Ayuntamiento de Las Rozas, por ser un asunto de la competencia del Pleno, a tenor del artículo 22.2.i) de la Ley 7/1985 (RCL 1985, 799, 1372), se acuerda la separación definitiva del servicio de ambos recurrentes.

Los funcionarios sancionados interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, que fue desestimado por el Tribunal Supremo. Los recurrentes interpusieron un recurso de casación contra dicha resolución, que fue desestimado por el Tribunal Supremo, con imposición de costas al recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los recurrentes alegaban los artículos 102 y 103, en concordancia con el artículo 62.1.e) de la LRJPAC, invocando varias sentencias del Tribunal Supremo. Estos consideraban que no era ajustada a derecho la doctrina mantenida por la sala de instancia, al señalar la necesidad de observar el procedimiento legalmente establecido prevenido en los artículos 102 y 103 de la LRJPAC, que se limitaba a los supuestos en que el acto no hubiera sido objeto de impugnación a través de los recursos administrativos y jurisdiccionales.

Sobre este punto, el Tribunal advirtió que:

"[...] la inobservancia del procedimiento especial de revisión de oficio que denuncian los recurrentes aparece plenamente justificada desde el momento en que el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 25 de mayo de 1995, que dispuso el archivo del expediente disciplinario, fue objeto de recurso por dos concejales de la corporación, cuya legitimación para impugnarlo, no cuestionada, por otra parte, no puede ofrecer duda alguna, y se denunció en la demanda, con cita de jurisprudencia reiterada y con apoyo en reconocida doctrina, que la utilización del recurso contencioso-administrativo puede encubrir la revocación de un acto propio de la Administración al margen del estrecho cauce que la ley establece para ello, lo cual, dicen los actores, habría sucedido en el presente caso." (FJ 3)

Sin embargo, el Tribunal advirtió que, como había declarado la sentencia de instancia:

"La existencia de dicho fraude debe constar en forma bastante, manifestarse de tal modo que permita constatar que se ha utilizado una vía alternativa para eludir la más dificultosa de la revisión de oficio y no es éste el supuesto analizado, en el cual el acuerdo fue recurrido por dos Concejales disidentes, lo que pone de manifiesto la existencia de la voluntad impugnatoria, ajena al órgano actuante y, en definitiva, la plena adecuación a Derecho del procedimiento utilizado." (FJ 3)

Dicho esto, y en relación con el caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

"No estamos en un procedimiento de revisión de oficio, sino que estamos ante una declaración de nulidad ejercitada por el Pleno de la corporación municipal frente al inicial acuerdo

adoptado por la Comisión de Gobierno, órgano manifiestamente incompetente, que en Resolución de 25 de mayo de 1995, pese a la instrucción del correspondiente expediente disciplinario, llega a la conclusión de que los hechos no son constitutivos de infracción administrativa alguna, circunstancia que, sin embargo, es corregida por el inicial Acuerdo de 9 de noviembre de 1995 en el que cuando dos concejales del Ayuntamiento impugnan el Acuerdo de archivo de 25 de mayo 1995, y es requerida la corporación municipal para la remisión del expediente administrativo, dicta un nuevo acto, el de 9 de noviembre de 1995, anulando el acto anterior, de forma que la Administración reconoce la justeza de la pretensión de los actores en el nuevo proceso contencioso-administrativo y revoca el acto impugnado." (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal entendió que:

"Todo ello se realiza sin vulneración de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, que regulan en nuestro sistema jurídico administrativo los criterios fundamentales respecto de la revisión de disposiciones y actos nulos, en lo que concierne al artículo 102 y en lo que concierne al artículo 103, en lo relativo a la declaración de lesividad de los actos anulables, en concordancia con el artículo 62.1.e), que supone en el ordenamiento jurídico el quebrantamiento, claro y manifiesto, del procedimiento legalmente establecido." (FJ 5)

En segundo lugar, el recurrente alegaba la infracción de los artículos 62.1.b) y 131 de la LRJPAC, en relación con los artículos 24 y 151 del TRLR, el artículo 23.2 de la LBRL y la jurisprudencia de aplicación. Sobre este punto, el Tribunal hizo referencia a los siguientes preceptos:

"Los artículos 145 y 151.d) del Texto refundido de la Ley de bases del régimen local [...], que atribuyen al Pleno de la corporación el conocimiento de las sanciones a funcionarios con habilitación de carácter nacional o separación de servicio de otros funcionarios cuyo nombramiento esté atribuido a la corporación." (FJ 5)

Por su parte, el Tribunal hizo referencia a las siguientes disposiciones:

"a) La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades, aplicable al personal de las corporaciones locales, según el artículo 2.1.c) y, en particular, por aplicación del artículo 12.1.a) –prohibición de desempeño de actividades privadas en los asuntos en que intervenga como funcionario– y 12.1.b) –pertenencia a consejos de administración siempre relacionados con la gestión del departamento.

"b) El artículo 31.1.h) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, considera como falta muy grave el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades.

"c) El Real decreto 33/1986, de 10 de enero, que contiene el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, que en el artículo 3 dispone la aplicación subsidiaria para los funcionarios al servicio de las administraciones públicas en concordancia con el artículo 150.4 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (RCL 1986, 1238, 2271 y 3551), y considera la falta muy grave de incompatibilidad, que es constitutiva de la sanción de separación del servicio [artículos 6.h), 14.a) y 15]." (FJ 5)

Dicho lo anterior, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

"[...] el acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno de la corporación del municipio de Las Rozas el 25 de mayo de 1995 fue un acto manifiestamente incompetente y nulo de pleno derecho, lo que determinó que no estuviéramos frente al criterio manifestado por la parte recurrente [...], ante un caso de incompetencia jerárquica, sino ante un caso de incompetencia sustantiva y material, razones que determinan que proceda la corporación municipal en Pleno a dictar un nuevo Acuerdo de 9 de noviembre de 1995, que anula el referido acto y resuelve

definitivamente, la separación de servicio de los recurrentes.” (FJ 8)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

“Tales criterios no resultan quebrantados por los acertados razonamientos que se contienen en la sentencia impugnada, que reconoce cómo, en ningún caso, la Comisión de Gobierno puede imponer efectivamente esta sanción, respecto de la cual el artículo 22.2.i) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, reserva la competencia al Pleno del Ayuntamiento y la razón de esta reserva ha de buscarse en la conveniencia, advertida por el legislador, de que la sanción disciplinaria de máximo alcance y trascendencia que puede imponerse a un funcionario municipal sea adoptada necesariamente por el más alto órgano de la corporación.” (FJ 8)

Por su parte, el Tribunal indicó que:

“La consecuencia obligada, en el caso de que la Comisión de Gobierno asumiera dicha competencia, no puede ser sino la nulidad de pleno derecho del acuerdo sancionador, en cuanto adoptado por órgano manifiestamente incompetente [artículo 62.1.b) de la LRJPAC], adolece del defecto de incompetencia y merece igual tratamiento que el acuerdo de la Comisión de Gobierno que archivó el expediente, a la vista de la propuesta del Instructor, en la que se solicitaba la sanción de separación del servicio, pues de admitirse una solución distinta se estaría sustrayendo al Pleno una competencia que, con carácter exclusivo, le corresponde, cual es la de decidir la propuesta de separación del servicio.” (FJ 8)

En este sentido, el Tribunal entendió que:

“La interpretación contraria, como también reconoce la sentencia recurrida, permitiría que cualquier órgano del Ayuntamiento, con competencias en materia sancionadora, pudiera acordar el archivo de un expediente pese a haber recaído propuesta de separación del servicio.” (FJ 9)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

“No se aprecia tampoco la causación de indefensión por cuanto que los funcionarios recurrentes hicieron las alegaciones que estimaron oportunas frente a la propuesta de resolución en su día recaída, del mismo modo que han sido plenas las posibilidades de defensa ante las resoluciones que constituyeron el objeto del recurso, es decir, la declaración de nulidad del citado acuerdo y la de imposición de la sanción de separación de servicio.” (FJ 10)

En relación con la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia y en materia de valoración probatoria, el Tribunal indicó que:

“[...] ha declarado esta sala que la interpretación de la voluntad manifestada en los dictámenes, en los informes y en los documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo, es una labor que corresponde a la sala de instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hacia el Tribunal *a quo*, no tiene cabida objetiva en sede casacional después de la Ley 10/1992, de 30 de abril, pues como ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal [...] han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles las casaciones cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la sentencia de instancia.” (FJ 10)

En cuanto a la incompatibilidad sancionada, el Tribunal declaró que:

“[...] el cúmulo de pruebas que obran en el expediente y en las cuales se sustentan el pliego de cargos, primero y la propuesta de resolución, después, acreditan la situación de incompatibilidad que se sanciona, teniendo, además, en cuenta que frente a

tales constancias la parte actora ni siquiera solicitó el recibimiento del pleito a prueba en el momento procesalmente oportuno para hacerlo.” (FJ 11)

Por su parte, en relación con la infracción del principio de proporcionalidad, el Tribunal advirtió que:

“[...] la sentencia recurrida no ha infringido el principio de proporcionalidad de las sanciones, que [...] exige que la discrecionalidad que se otorga a la Administración para la aplicación de la sanción se desarrolle ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.” (FJ 11)

Asimismo, el Tribunal entendió que en el caso estudiado:

“[...] se realizaron las pruebas necesarias y se practicaron aquellos elementos suficientes para llegar a la determinación de la conclusión sancionatoria, sin que se haya omitido un mínimo de actividad probatoria, lícito y legítimo, que determinase la inimputabilidad de responsabilidad disciplinaria a los recurrentes, puesto que este mínimo de actividad probatoria, lícito y legítimo, fue practicado y en consecuencia, no se entiende vulnerado ni el artículo 24.2 de la Constitución en lo relativo a la posible incidencia en el contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia.” (FJ 12)

Finalmente, el Tribunal advirtió que:

“[...] si bien no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el artículo 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones, y en este caso el derecho a la presunción de inocencia comporta que la sanción está basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada y del propio planteamiento de la cuestión se deduce que la misma no guarda relación con el citado derecho fundamental, porque la presunción de inocencia no ha resultado vulnerada.” (FJ 12)

En consecuencia, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación, con imposición de costas al recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Declarando que han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles las casaciones cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, ver las siguientes sentencias: STS de 25 de enero de 1990 (Aranzadi 1989/126); STS de 26 de mayo de 1990 (Aranzadi 1989/3895); STS de 2 de diciembre de 1989; STS de 2 de marzo de 1990 (Aranzadi 1990/1659); STS de 13 de marzo de 1990 (Aranzadi 1990/1722); STS de 11 de marzo de 1991; STS de 7 de mayo de 1991; STS de 30 de julio de 1991 (Aranzadi 1991/5431); STS de 7 de mayo de 1994 (Aranzadi 1994/3492), y STS de 20 de mayo de 1994 (Aranzadi 1994/3523).

Sobre la naturaleza del recurso de casación, ver la siguiente sentencia: STS de 21 de marzo de 1995 (Aranzadi 1995/2503).

Tribunal Supremo. Petición de segregación de un municipio para constituir otro independiente. Capacidad de configuración normativa autónoma

SUPUESTO DE HECHO

Los miembros de la comisión promotora de la segregación y creación del nuevo municipio de Fuente Carreteros interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Junta de Andalucía por la que se desestimaba su pretensión de constituir un nuevo municipio segregado de Fuente Palmete. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía inadmitió la solicitud, por manifiesta falta de fundamento, por el Decreto 177/1996, de 7 de mayo, de la Junta de Andalucía.

Interpuesto un recurso de casación contra la mencionada resolución, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de instancia, con imposición de costas al recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Entre otros motivos, los recurrentes impugnaban la constitucionalidad de la regulación autonómica, lo que se plasmaba en la solicitud subsidiaria de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 8.1 de la Ley 7/1993, de 27 de julio, de demarcación municipal de Andalucía.

Sobre esta cuestión, el tribunal declaró que:

"[...] no consideramos que el legislador andaluz haya vulnerado normas constitucionales ni internacionales al regular como lo ha hecho los requisitos exigibles para la creación de nuevos municipios en su comunidad autónoma." (FJ 3)

En relación con los requisitos fijados por la norma autonómica, el Tribunal recordó que la misma exposición de motivos de la norma impugnada disponía que:

"Había que optar entre las dos soluciones radicales con que se puede afrontar tan cadente cuestión: o se facilitaban las tendencias centrífugas que pretenden obtener respaldo jurídico, y aún filosófico, a partir de una peculiar interpretación de la cláusula institucional de salvaguardia de la autonomía municipal o, por el contrario, se seguía el criterio del legislador básico, que, en buena doctrina y en consonancia con el ideal antes apuntado de creación de un complejo armonioso entre los ordenamientos jurídicos estatal y autonómico, la nueva reflexión y el buen sentido demandan. Siguiendo esta línea, se ha estimado prudente fijar unos mínimos de población y distancia del núcleo que se pretende segregar del originario, que avalen la viabilidad de aquél en el supuesto de que se culmine el proceso de independencia." (FJ 3)

Asimismo, el Tribunal advirtió que:

"Semejante régimen normativo [...] responde [...] a una opción política determinada que el legislador autonómico quiso adoptar. Lógicamente, debe ser respetada como muestra de su capacidad de configuración normativa autónoma siempre que no se aparte del marco delimitado por el artículo 149.1.18 de la Constitución, el artículo 13.3 del Estatuto de autonomía andaluz y el artículo 13 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, dentro del cual aquél puede desarrollar sus propias competencias." (FJ 3)

Por ello, en relación con el caso estudiado, el Tribunal declaró que:

"A partir de este planteamiento, que la Ley 7/1993 respeta aquellos mínimos, se ajusta a los criterios de la legislación estatal básica y, si introduce requisitos más rigurosos, lo hace en el ejercicio de su propia capacidad normativa sobre las entidades locales andaluzas. Como quiera que la autonomía de éstas se ha de entender en los términos resultantes del marco constitucional y para la determinación de dicho marco hay que tomar en cuenta la distribución de la potestad legislativa en la materia, no cabe oponer reparos de este género a la opción consciente y

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 7017/1999

FECHA: 25 de mayo de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Junta de Andalucía

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 149.1.18 de la CE; artículo 13.3 del Estatuto de autonomía andaluz; artículo 13 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, y artículo 8.1 de la Ley 7/1993, del Parlamento andaluz

DOCTRINA: Petición de segregación de un municipio para constituir otro independiente. Capacidad de configuración normativa autónoma (FJ 3)

voluntariamente adoptada por el legislador andaluz en la Ley 7/1993. Que dicha opción sea diferente de la de otras comunidades autónomas no implica discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución sino mera consecuencia del ejercicio de las propias competencias legislativas en cada una de aquéllas, precisamente por la diversidad en la que se basa el sistema de distribución territorial del poder en España." (FJ 3)

Con respecto a la posible vulneración de la autonomía local, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Tampoco puede admitirse que un régimen como el que estamos analizando frustre o vulnere la autonomía local. El presupuesto de la autonomía local es, justamente, la existencia de entes de tal naturaleza, pero precisamente para que puedan configurarse éstos, en cuanto tales, resulta necesario que las leyes acoten los requisitos exigibles. Sólo a partir de la concurrencia de dichos requisitos, en cada caso, se conforma una entidad local con autonomía." (FJ 3)

Por su parte, tampoco consideró que se hubiera vulnerado la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1895.

Dicho lo anterior, el Tribunal advirtió que:

"Ninguno de dichos preceptos obliga a admitir la segregación de cualquier territorio por el mero hecho de que algunos de sus habitantes deseen constituir un nuevo municipio, cualquiera que sea la superficie de aquél o el número de éstos: por el contrario, es sólo a partir de los requisitos legales que cada Estado exija como se adquiere la condición de nueva entidad local sobre la que se despliegan las consecuencias del principio de autonomía." (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto, con imposición de costas al recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la segregación de municipios, ver la siguiente sentencia: STS de 5 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/5420).

Tribunal Supremo. Pliego de condiciones para la enajenación mediante concurso público de parcelas adscritas al Patrimonio Municipal del Suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a regímenes de protección pública. Competencias municipales

SUPUESTO DE HECHO

Un asociación de empresarios de la construcción interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el pliego de condiciones para la enajenación mediante concurso público de parcelas adscritas al Patrimonio Municipal del Suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a regímenes de protección pública aprobado por el Ayuntamiento de Logroño. El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja estimó el recurso y parcialmente las pretensiones de la demanda, declarando no ser conformes a derecho varias de las condiciones, en cuanto a la exigencia de residencia habitual.

Ambas partes interpusieron un recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a los mismos y estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto, declarando la nulidad, por no ser conformes a Derecho, de varias de las condiciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Ayuntamiento de Logroño alegaba en primer lugar que:

“a) que el Ayuntamiento adoptó el régimen de protección municipal a determinadas parcelas en atención a que, dice, las normas sobre protección pública de viviendas sólo amparaban a la las viviendas con menos de noventa metros cuadrados útiles, y a que según los planes de urbanismo esas parcelas permitían la existencia de pisos con mas noventa metros cuadrados, y ante esa situación el Ayuntamiento en vez de proceder a la subasta de los terrenos optó por ofrecerlas en régimen de protección municipal;

“b) que la denominación de régimen de protección municipal, se puede prestar a equívocos, pues no se trata de un conjunto o sistema de normas y si simplemente de un conjunto de cláusulas o determinaciones puntuales de carácter contractual que se incorporan al pliego de condiciones;

“c) que la sentencia vulnera la normas jurídicas que consagran el principio de legalidad de la Administración, en cuanto anula las condiciones citadas por el hecho de que no exista norma jurídica que habilite a los ayuntamientos, pues la tesis de la vinculación positiva no es extensible a actividades prestacionales o de fomento.” (FJ 3)

El Tribunal rechazó el primer motivo de casación. Al respecto, el Tribunal hizo referencia a la competencia en materia de vivienda, declarando que, como viene declarando reiteradamente el Tribunal Constitucional:

“[...] la competencia en materia de vivienda corresponde, o al Estado a las comunidades autónomas, y por otro el Real decreto 1186/1998, de 12 de junio [...], también reiteradamente recoge y define la competencia del Estado y de las comunidades autónomas, o las ciudades de Ceuta y Melilla, para señalar las condiciones de la financiación de viviendas, rehabilitación en materia de suelo, artículos, 3, 9, 15, 22, 24, 27, 31, 33 y 34 entre otros, sin referencia alguna a las competencias de los ayuntamientos en la materia.” (FJ 3)

Por su parte, el Tribunal señaló que:

“[...] de la dicción genérica que el artículo 1 del Real decreto 1186/1998 hace de promoción pública o de regímenes de promoción pública, ninguna consecuencia se puede extraer, de una parte, porque los ayuntamientos no tienen atribuida competencia en materia de promoción de viviendas.” (FJ 3)

Finalmente, el Tribunal advirtió que:

“[...] ninguna incidencia en esta litis puede tener la referencia que se hace a los artículos 3 y 4 de la CEAL, y 25, 238 y disposición transitoria segunda de la LBRL, porque los mismos se refie-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 66/2002

FECHA: 25 de mayo de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Antonio Martí García

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Logroño

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 14 y 148.1.3 de la Constitución; artículo 1 del Real decreto 1186/98; artículos 25, 238 y disposición transitoria segunda de la LBRL; artículos 64 y 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículos 1 y 7 de la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas, y artículos 3 y 4 de la CEAL

DOCTRINA: Pliego de condiciones para la enajenación mediante concurso público de parcelas adscritas al Patrimonio Municipal del Suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a regímenes de protección pública. Competencias municipales (FJ 3, 4, 5, 6, 7, 8,10, 11 y 12)

ren de forma genérica a la competencia para gestionar y ordenar pero en el marco de la ley, y en materia no excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad, y en el caso de autos, se ha de significar que el artículo 148.1.3 de la Constitución atribuye con carácter exclusivo la competencia a las comunidades autónomas en materia de ordenación del territorio y vivienda, y los artículos 8 del Estatuto de autonomía de La Rioja y 168 de la Ley de ordenación del territorio y urbanístico de La Rioja, precisan que corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, y que los terrenos del patrimonio municipal del suelo deben destinarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.” (FJ 3)

En virtud de lo anterior, el Tribunal declaró que:

“[...] los ayuntamientos carecen de capacidad, para ordenar, crear o regular un régimen de promoción pública de viviendas, y que las acciones que puedan intentar por la vía de fomento han de respetar y adecuarse a lo establecido al respecto por el estado y las comunidades autónomas que son las que tienen competencia en la materia.” (FJ 3)

En segundo lugar, el Ayuntamiento recurrente alegaba que la sentencia impugnada vulneraba el principio de libertad de pactos al anular las condiciones número 5, 6.2, 24.1, 27.1, 28, 30 y 35.

El Tribunal también rechazó este motivo, declarando que:

“[...] los ayuntamientos carecen de capacidad para ordenar y regular un régimen de promoción pública de viviendas y están obligados, a cumplir y respetar los regímenes de promoción pública establecidos o por el Estado o por las comunidades autónomas, respecto a los bienes o terrenos incluidos en el Patrimonio Municipal del Suelo, o a enajenarlos en caso de que no se pudieran someter a los mismos, es claro, que en base al principio de libertad de pactos que invoca, la parte recurrente no puede esta-

blecer un régimen de promoción pública, ni tampoco articular determinaciones en el pliego de condiciones al margen de lo establecido en los regímenes de promoción pública.” (FJ 4)

En tercer lugar, el Ayuntamiento recurrente alegaba falta de motivación de la sentencia en cuanto anula las condiciones 5, 6, 24, 27, 28, 30 y 35, al entender que tales condiciones operaban tanto sobre las viviendas de promoción bajo el régimen de protección municipal, como las de promoción pública autonómica y mientras había motivación sobre las viviendas de promoción municipal, no la había para la parcela C-D del sector Cuevas Excuevas.

El Tribunal también rechazó este motivo. Al respecto, el Tribunal declaró que:

“[...] las condiciones que anula la sentencia recurrida, lo son por la falta de competencia del Ayuntamiento para la creación de un régimen de promoción pública de viviendas, y las condiciones por ello anuladas han de afectar obviamente a todo el régimen que dispone, en la medida en que las mismas no están previstas ni autorizadas por los regímenes de promoción pública a que el Ayuntamiento se había de someter.” (FJ 5)

Como cuarto motivo, el Ayuntamiento alegaba que la condición 11, en relación con la 5, exigía que los socios tuvieran su residencia habitual en Logroño y estuvieran inscritos con ese carácter en el Padrón con tres años de antigüedad, y la razón de esa exigencia era que el suelo sobre el que se constituían las viviendas era consecuencia de aportaciones de la colectividad o de las plusvalías generadas, y ello era razón suficiente para establecer la exigencia que anulaba la sentencia.

Dicho motivo también fue rechazado por el Tribunal. Sobre este punto, el Tribunal declaró que:

“[...] el principio de igualdad, que el artículo 14 de la Constitución consagra, al menos en principio obligaría a un tratamiento igual para todos los residentes en Logroño y no a unos sí y a otros no; y la razón de la incidencia en las aportaciones y en las plusvalías, además de que puede tratarse de vecinos que hayan cambiado de residencia y después vuelvan a Logroño, con lo que habrían en tiempo anterior contribuido a esas aportaciones y plusvalías y después, por razones de cambios de residencia no las pueden obtener, no hay que olvidar que es a las comunidades autónomas a quien corresponde aplicar y distribuir las plusvalías, de acuerdo con su exclusiva competencia en materia de ordenación del territorio y vivienda, antes referida.” (FJ 6)

Como quinto motivo de casación, el Ayuntamiento alegaba que respecto a la condición 18.1 había un error craso, pues sí que había referencia respecto a la enajenación, y que respecto a los demás apartados sí que existía la oportuna especificación mediante conceptos técnicos o de experiencia común usuales en el ramo de la construcción. El Tribunal estimó dicho motivo, en particular el relativo a la condición 18, apartado 1, y lo desestimó en cuanto se refería a la condición 18, apartado 4, y condición 19, apartado 6. Al respecto, el Tribunal declaró que:

“[...] la sentencia recurrida al valorar la condición 18, apartado 1, dice que no hay referencia a los precios de venta y adjudicación, y esta referencia si que existe en la indicada cláusula o condición, y, por tanto, en ese particular procede mantener la validez de la condición 18, apartado 1, por la las propias valoraciones de la sentencia recurrida.” (FJ 7)

Finalmente, como sexto motivo de casación, el Ayuntamiento alegaba que la exigencia del veinte por ciento de interés por la demora en el pago no era más que una cláusula penal. El Tribunal no estuvo de acuerdo con dicho planteamiento, advirtiendo que:

“[...] un interés del veinte por ciento, además de desproporcionado carece de cobertura legal, cuando el interés legal en esa fecha era del cuatro por ciento. Y si lo que quería el recurrente era establecer una cláusula penal, tenía que haberla regulado como tal, y establecer sus condiciones particulares, y

no una mera referencia genérica y sin excepción sobre que cualquier retraso genera un interés del veinte por ciento, que es lo único que precisa la condición anulada.” (FJ 8)

Por tanto, el Tribunal rechazó dicho motivo.

Por lo que respecta a la asociación de empresarios de la construcción, alegaba que si la sala había anulado trece de las condiciones del pliego impugnado, y había dejado sin efecto el régimen de protección municipal que afectaba a catorce de las quince parcelas a enajenar, resultaba contrario a la norma citada el mantener el resto del acuerdo, máxime cuando se habían anulado dos de los cuatro criterios de adjudicación del concurso, y las relativas a la devolución de fianzas y pago de intereses. El Tribunal rechazó dicho motivo de casación, señalando que:

“[...] el artículo 64 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común [...] dispone que la nulidad del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de ella, salvo que la parte anulada sea de tal importancia, que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado, y en el caso de autos, además de que la nulidad sólo afecta a parte de trece condiciones de las treinta y ocho que tenía el pliego de condiciones, y las no afectadas tienen su propia independencia.” (FJ 10)

En segundo lugar, la asociación recurrente alegaba que la sentencia mantenía la validez el derecho de opción de compra que establecía el Ayuntamiento durante el plazo de seis meses a partir de la licencia de ocupación, lo que a su entender infringía los artículos 1 y 7 de la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas, y la jurisprudencia sentada en la Sentencia de 25 de julio de 1989. El Tribunal también rechazó dicho motivo, alegando que:

“[...] no puede apreciarse que exista similitud con los derechos de tanteo y retracto a que la sentencia recurrida se refiere, porque estos si que se figuran previstos en el ordenamiento; y en fin, porque la opción de compra en los términos en que está regulada, precio concreto y por un período de seis meses, puede no ya originar dificultades, en su ejecución, sino que puede afectar el equilibrio del contrato, en cuanto, por un lado, si se aplica estrictamente, obliga al constructor o contratista a no poder vender los locales a que la ocupación se refiere, ni disponer por tanto del montante económico correspondiente durante el plazo de seis meses, y ello en base a que el Ayuntamiento dispone de seis meses para ejercitar la opción, en la que no se sabe si la ejecuta o no, y, por otro, si el contratista las pone a la venta confiado en que el Ayuntamiento no ejercitará la opción de compra, se puede producir dificultades, para los terceros que hayan ya comprado los locales y el Ayuntamiento ejercite la citada opción, pues resultan afectados por esa opción sin ser ellos los contratistas, y además tendrán que reclamar a quien corresponda la diferencia entre el precio abonado y lo que el Ayuntamiento debe abonar por la opción de compra.” (FJ 11)

A la vista de lo que se ha expuesto, el Tribunal llegó a la conclusión de que:

“[...] es procedente mantener los términos del fallo de la sentencia recurrida a excepción de las declaraciones que se refieren a las condiciones 18 y disposición adicional segunda, ya que, por un lado, se han desestimado los recursos de casación, en el particular que pretendían, bien la nulidad de la totalidad del acuerdo impugnado, bien la validez de todas las condiciones, y, por otro lado, se han estimado los motivos de casación que pretendían la validez o nulidad de una concreta cláusula o condición.” (FJ 12)

En consecuencia, el Tribunal declaró haber lugar a la interposición de los recursos de casación, casando y anulando la sentencia impugnada, y estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo, en los términos indicados en el apartado anterior.

Audiencia Nacional. Naturaleza del contrato de préstamo con interés concedido por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario

SUPUESTO DE HECHO

En 1974, el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario concedió a J un préstamo de 1.531.000 pesetas al 6,5% de interés. En 1980, a través de un procedimiento de apremio, se le reclamó la deuda y se le volvió a insistir en una resolución de 1989. En 2003 se le reclamó la cantidad de 1.465,77 euros en concepto de intereses de demora. El deudor interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, que fue estimado por la Audiencia Nacional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal se centró en primer lugar en el plazo de prescripción del préstamo, en concreto si era de quince años, como postulaba el recurrente. Para ello, el Tribunal analizó cuál era la "naturaleza del contrato de auxilio económico suscrito", llegando a la conclusión de que "tiene naturaleza administrativa". Entre otras razones, el Tribunal alegó para llegar a dicha conclusión que:

"[...] trata un tema de auxilio económico para inversiones colectivas, entendiendo que se trata de un contrato de naturaleza esencialmente administrativa y sometido a los órganos jurisdiccionales de dicho orden jurisdiccional." (FJ 3)

En este sentido, el Tribunal declaró que:

"El Texto articulado de la Ley de bases de los contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965, modificado por Ley 5/1973, venía a disponer que los contratos de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad y cualesquiera otros, que tengan carácter administrativo, por declararlo así una ley, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato, se regirán, en cuanto a su preparación adjudicación, efectos y extinción, por sus normas administrativas especiales; en su defecto, y por analogía, por las disposiciones de la presente ley relativas a los contratos de obras, gestión de servicios y suministros y, finalmente, por las demás nor-

ÓRGANO: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 491/2003

FECHA: 30 de junio de 2004

PONENTE: Ilmo. Sr. Tomás García Gonzalo

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Administración General del Estado

DOCTRINA: Naturaleza del contrato de préstamo con interés concedido por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (FJ 3)

mas del Derecho administrativo y, en defecto de este último, serán de aplicación las normas del Derecho privado (artículo 4)." (FJ 3)

Sentado lo anterior, y en relación con el plazo, el Tribunal declaró lo siguiente:

"A falta de disposición expresa en la Ley de contratos de las administraciones públicas sobre prescripción, vienen en aplicación, por tanto, los restantes normas de derecho administrativo, y más concretamente la Ley general presupuestaria —a la misma se remite el Reglamento general de recaudación (artículo 59, Real decreto 1684/1990) en materia de prescripción de deudas de derecho público no tributarias—, cuyo artículo 40 establece que prescribe a los cinco años el derecho de la hacienda pública a reconocer o liquidar créditos a su favor, contándose dicho plazo desde el día en que el derecho pudo ejercitarse, así como al cobro de los créditos reconocidos o liquidados, a contar desde la fecha de su notificación, o si ésta no fuera preceptiva, desde su vencimiento." (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso.

Audiencia Nacional. Uso de los datos del Padrón Municipal por el Ayuntamiento para informar acerca de la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. Régimen jurídico del Padrón Municipal

SUPUESTO DE HECHO

El alcalde de Sabadell envió una carta a los vecinos nacidos en la localidad de Lorca en la que se les informaba de su visita a la localidad mencionada, a raíz de la invitación de su alcalde.

Tras ello, un concejal de un partido político en la oposición remitió a la Agencia de Protección de Datos un escrito en el que exponía que la utilización de los datos del Padrón Municipal de Habitantes realizado por el Alcalde de ese Ayuntamiento para escribir a los vecinos nacidos en Lorca, podía vulnerar la Ley orgánica de protección de datos.

Ello dio lugar a que el Director de la Agencia de Protección de Datos incoara un expediente sancionador al Ayuntamiento de Sabadell por infringir el artículo 4.2 de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, lo que suponía una infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la ley mencionada.

El Ayuntamiento sancionado interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución, recurso que fue estimado por la Audiencia Nacional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba la errónea apreciación por parte de la Agencia de Protección de Datos sobre la naturaleza, funciones

ÓRGANO: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 637/2002

FECHA: 21 de abril de 2004

PONENTE: Ilmo. Sr. Fernando Benito Moreno

DEMANDANTE: Ayuntamiento de Sabadell

DEMANDADO: Agencia de Protección de Datos

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 4.2 de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y artículo 15 y siguientes de la Ley de bases del régimen local (LBRL), en la redacción dada por la Ley 4/1996, de 10 de enero

DOCTRINA: Uso de los datos del Padrón Municipal por el Ayuntamiento para informar acerca de la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. Régimen jurídico del Padrón Municipal (FJ 5 y 6)

y régimen legal del Padrón Municipal, al servicio de las competencias y actividades municipales.

En relación con la cuestión planteada por el recurrente, el Tribunal hizo referencia al régimen jurídico del Padrón Municipal, declarando que:

"[...] el régimen jurídico del Padrón Municipal viene recogido en los artículos 15 y siguientes de la Ley de bases del régimen local, en la redacción dada por la Ley 4/1996, de 10 de enero, normativa que debe considerarse como la disposición reguladora del fichero 'Padrón Municipal', en cuyo cumplimiento los municipios deben organizar y mantener el fichero previsto legalmente." (FJ 5)

Asimismo, éste indicó que:

"En cuanto a su naturaleza jurídica se concibe como un registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo." (FJ 5)

Por su parte, el Tribunal señaló que:

"En el apartado 3 artículo 16 de la Ley 7/1985, modificada por la Ley 4/1996, se permite la cesión de los datos del Padrón Municipal a otras administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado solamente cuando les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes." (FJ 6)

Por su parte:

"[...] la disposición adicional segunda, apartado segundo, de la Ley orgánica 15/1999, indica: 'Los ficheros o registros de población tendrán como finalidad la comunicación de los distintos órganos de cada administración pública con los interesados residentes en los respectivos territorios, respecto a las relaciones jurídico administrativas derivadas de las competencias respectivas de las administraciones públicas'." (FJ 6)

Dicho lo anterior, centrándose en el caso estudiado, el Tribunal estuvo de acuerdo con el planteamiento de la Administración recurrente, que entendía que:

"[...] la comunicación con los vecinos de Sabadell nacidos en Lorca, para lo que usó el Padrón Municipal, constituye la realización de una determinada actividad pública de hermanamiento entre dos ciudades, invitándoles a participar en dicho proceso como elemento de política de integración y cohesión social." (FJ 6)

Al respecto, el Tribunal declaró que:

"Es competencia municipal: 'La prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social' [25.2.k) de la LBRL]." (FJ 6)

En relación con lo dispuesto por la LBRL, el Tribunal recordó que:

"[...] el artículo 69.1 [...] impone a las corporaciones locales la obligación de facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local, pudiendo el municipio promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal (artículo 25.1 de la LBRL), correspondiendo al alcalde la representación del Ayuntamiento [artículo 2 1.b) LBRL]." (FJ 6)

Por lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

"[...] no puede mantenerse que la utilización por el alcalde de Sabadell de unos datos obtenidos del Padrón Municipal para remitir las cartas a los vecinos nacidos en Lorca, haya vulnerado el artículo 4.2 de la Ley orgánica 15/1999 de la LPDP, porque dichos datos no se utilizaron para una finalidad incompatible con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos, sino precisamente para el ejercicio de unas competencias municipales, como son las de integración social, que alcanza especial relevancia en territorios con alto índice de población originaria de otras zonas del territorio nacional que un buen día se vieron obligados a dejar su tierra en busca de mejores condiciones de vida." (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso, anulando el acto impugnado.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Declaración de nulidad de un contrato de gestión del servicio público municipal de aguas. Emisión de una propuesta de resolución con anterioridad a la emisión del dictamen solicitado al Consejo de Estado

SUPUESTO DE HECHO

Mediante el Acuerdo de 14 de noviembre de 2000 el Ayuntamiento de Rascafría declaró la nulidad de pleno derecho del expediente de contratación de la actividad de vigilancia, control técnico y mantenimiento especializado de la planta de tratamiento de agua potable de la localidad mencionada, y consecuentemente declaró la nulidad de pleno derecho del contrato administrativo que había culminado la tramitación de dicho expediente, suscrito entre el Ayuntamiento y la empresa V. Por su parte, se acordó la suspensión de los efectos del contrato, declarado nulo desde esa fecha, requiriendo a la entidad V para que en el plazo de cuarenta y ocho horas desde la notificación del acuerdo hiciera entrega de todos los documentos, materiales y efectos relacionados con el contrato, así como con la planta de tratamiento de agua potable, y en concreto las llaves de la depuradora, a fin de que pudieran encargarse de la actividad de vigilancia, control técnico y mantenimiento de los servicios municipales que se designaran. Por último, se acordó que la prestación del servicio de vigilancia, control técnico y mantenimiento especializado de la planta de tratamiento de agua potable para el municipio de Rascafría fuera asumida por personal técnico del Ayuntamiento de forma transitoria. Dichos acuerdos fueron notificados a la empresa en cuestión.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm.

1637/2000

RESOLUCIÓN: 488/2004

FECHA: 6 de abril de 2004

PONENTE: Excm. Sra. Fátima Arana Azpitarte

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Rascafría

DOCTRINA: Declaración de nulidad de un contrato de gestión del servicio público municipal de aguas. Emisión de una propuesta de resolución con anterioridad a la emisión del dictamen solicitado al Consejo de Estado (FJ 3, 4 y 5)

Por el Decreto 15/2000 del alcalde, a la vista de que la notificación del acuerdo anterior, por error, no se incluía en el texto de la propuesta de resolución dictada por la instructora de 17 de julio ni un dictamen del Consejo de Estado de octubre de 2000,

que constituyeron la motivación para la adopción del acuerdo, se acordó la notificación al recurrente.

Tres días después, el Ayuntamiento entró en las dependencias de la depuradora violentando la puerta y haciéndose cargo desde ese día de la actividad de vigilancia, control y mantenimiento del agua potable.

La empresa V interpuso un recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones anteriores y contra la vía de hecho utilizada por el alcalde.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente solicitaba que se declarara la nulidad del acuerdo de 14 de noviembre por falta de motivación, y el Decreto 15/2000, por pretender rectificar un error del pleno sin ser el alcalde órgano competente para ello y sin seguir ningún tipo de procedimiento.

En cuanto al acuerdo, el Tribunal advirtió que:

"[...] se ha dictado en base a las actuaciones seguidas en el expediente y en especial a tenor de la propuesta de resolución dictada por la instructora y el dictamen del Consejo de Estado que fueron leídos en el pleno, por lo que la resolución tiene suficiente motivación por referencia a tales informes obrantes en las actuaciones, habiendo tenido el recurrente en todo momento pleno conocimiento del contenido del Acuerdo del Pleno de 14 de noviembre de 2000 y de las razones o causas por las que se adoptó, y habiendo podido recurrirlo y articular su defensa con pleno conocimiento, sin que en ningún momento se haya producido indefensión." (FJ 3)

Por su parte, en relación con el decreto del alcalde, el Tribunal declaró que:

"[...] no tuvo por objeto dotar de motivación al acuerdo del Pleno sino como él mismo expresa corregir un mero error material consistente en que no se acompañó a la notificación del acuerdo copia de la propuesta de resolución dictada por la instructora ni el dictamen del Consejo de Estado, para lo que ni siquiera hubiera hecho falta que el alcalde dictara un decreto, habiendo bastado repetir la notificación con entrega de los documentos." (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el primer motivo.

En segundo lugar, el recurrente invocaba la nulidad de pleno derecho de las actuaciones que habían tenido lugar desde julio de 2000 por haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido, al haberse emitido la propuesta de resolución antes de que se emitiera el dictamen del Consejo de Estado. Sobre este punto, el Tribunal declaró que:

"[...] todas las actuaciones practicadas en el expediente para la declaración de nulidad del expediente de contratación se han notificado al interesado quien ha podido alegar y proponer prueba, igualmente la propuesta de resolución de fecha 17 de julio de 2000, que sirvió de base para el dictado de la resolución definitiva, fue notificada a la recurrente, siendo lo único cierto que el dictamen del Consejo de Estado se emitió con posterioridad a dictarse la propuesta de resolución y no se volvió a dictar nueva propuesta de resolución ni a darse vista del expediente al recurrente hasta que se dictó la resolución definitiva." (FJ 4)

Sin embargo, al respecto el Tribunal advirtió que:

"Tal situación, sin embargo, carece de trascendencia anuladora alguna, ya que [...] el artículo 65.1 de la LCAP [...] lo que [...] exige, desde el punto de vista del procedimiento, es que antes de la declaración de nulidad se haya emitido informe favorable por el Consejo de Estado, no diciendo el precepto que tenga que haberse emitido antes de dictarse la propuesta de resolución." (FJ 4)

Por último, se alegaba la nulidad de pleno derecho de los actos de ejecución del acuerdo del Pleno de noviembre de 2000, basándose en que se había prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido, con incumplimiento de los artículos 93 y 95 de la Ley 30/1992, y en que se había seguido una clara vía de hecho, concretada en que el día 17 de noviembre de 2000 el alcalde forzando la cerradura de la puerta de entrada tomó posesión de la planta depuradora.

Al respecto, el Tribunal aclaró que:

"[...] el Acuerdo del Pleno de fecha 14 de noviembre de 2000, tras declarar la nulidad de pleno derecho del expediente de contratación de la actividad de vigilancia, control técnico y mantenimiento especializado de la planta de tratamiento de agua potable de Rascafría y consecuentemente declarar la nulidad de pleno derecho del contrato administrativo, acordó en su punto segundo suspender los efectos del contrato declarado nulo desde esa fecha, requiriendo a la entidad V para que en el plazo de cuarenta y ocho horas, desde la notificación del acuerdo, hiciera entrega en el Ayuntamiento de todos los documentos, materiales y efectos relacionados con el contrato así como con la planta de tratamiento de agua potable, y en concreto las llaves de la depuradora, a fin de que pudieran encargarse de la actividad de vigilancia, control técnico y mantenimiento los servicios municipales que se designaran, quienes transitoriamente se hacían cargo del servicio en tanto se acordara, de estimarse necesario, la nueva convocatoria de un concurso para contratar la prestación del servicio." (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal advirtió de que se trataba de un "servicio público esencial" y que:

"[...] el Ayuntamiento ejecutó su acuerdo, es decir, transcurridas con exceso cuarenta y ocho horas desde el requerimiento, teniendo que cambiar la cerradura por la propia conducta del recurrente que —según consta en el acta de presencia levantada con ocasión de la personación de la corporación municipal y del notario en la estación depuradora— ordenó cambiarla pocos días antes, constatando a mayor abundamiento el acta notarial que el servicio se encontraba en lamentables condiciones y estado de abandono que hacía necesaria e inminente la asunción del mismo por el Ayuntamiento." (FJ 5)

Por ello, el Tribunal no apreció la existencia de ninguna vía de hecho en el comportamiento del Ayuntamiento.

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso, con imposición de costas al recurrente.

Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Daños sufridos por una caída durante unas prácticas deportivas realizadas por el Ayuntamiento a través de la empresa concesionaria y gestora de dicho servicio. Responsabilidad de la Administración por las actuaciones de sus concesionarios

SUPUESTO DE HECHO

La Escuela Municipal de Gimnasia del Ayuntamiento de Marratxí impartía clases de gimnasia. Dicha actividad se impartía por una entidad “concesionaria y gestora del servicio municipal”. Inicialmente las clases tenían lugar en el edificio de la Policía Local, si bien posteriormente se desplazaron a las dependencias de un restaurante, de titularidad privada. Fue en dichas instalaciones donde una usuaria del servicio indicado sufrió una caída durante el curso de las clases a causa del mal estado del pavimento del local al que se habían desplazado las clases. Como consecuencias de la caída la usuaria sufrió lesiones por las que estuvo incapacitada durante 97 días, de los cuales 57 lo fueron con carácter impeditivo, restándole una secuela consistente en una artritis postraumática en la rodilla. En dicho concepto solicitó al Ayuntamiento una indemnización de 8.987,69 euros, más intereses legales, petición que le fue denegada por silencio administrativo.

Contra dicho resultado desestimatorio, la usuaria interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue estimado parcialmente por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal desestimó la petición de inadmisibilidad del recurso efectuada por la Administración demandada por no ampliarse a la resolución expresa. En relación con la estimación del recurso, el Tribunal señaló que:

“[...] la ampliación resulta necesaria para los intereses del recurrente cuanto el acuerdo dictado expresamente ha modificado el presumido por silencio, ya que si así no fuera, los actos expresos llegarían a ser firmes y consentidos, quedando sustraídos a la jurisdicción sin que, por consiguiente, la sentencia que se dicte con respecto a los actos inicialmente combatidos pudieran alcanzarse en sus consecuencias.” (FJ 2)

Sin embargo, en el caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

“Para el caso que nos ocupa y si nos fijamos en la parte dispositiva de la resolución expresa, esta no acuerda sino ‘Procedir a desestimar la petición d’indemnització formulada por la Sra. Rocío, en base als arguments descrits als informes emesos pel tècnic de data 25/05/01 y de data 17/09/01, abans transcrits’. En definitiva, acuerdo puramente desestimatorio, lo que implica resolución del mismo sentido que la presunta, por lo que no era imprescindible o necesaria la ampliación del recurso a una resolución (expresa) que no era sino reproducción de otra anterior (la presunta) ya impugnada en vía judicial.” (FJ 2)

A continuación, el Tribunal se centró en la responsabilidad de la Administración por actuaciones de sus concesionarios. En este sentido, el Tribunal recordó que varias resoluciones del mismo “se pronuncian a favor de la responsabilidad directa de la Administración contratante –al margen de la posible responsabilidad solidaria y concurrente de la empresa contratada o concesionaria” (FJ 3).

Así, en una ocasión, éste había declarado que:

“[...] la Administración, titular del servicio público –para el caso, servicio de alcantarillado–, no puede en modo alguno desentenderse de los daños causados por la actuación de la empresa que gestiona el indicado servicio, con lo que ha de resolver sobre la procedencia de la indemnización y sobre quién debe pagarla.” (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal recordó que el artículo 54 de la Ley básica estatal de régimen local dispone que:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1208/2001
RESOLUCIÓN: 464/2004
FECHA: 4 de junio de 2004
PONENTE: Ilmo. Sr. Fernando Socias Fuster
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Marratxí
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 54 de la Ley básica estatal de régimen local
DOCTRINA: Daños sufridos por una caída durante unas prácticas deportivas realizadas por el Ayuntamiento a través de la empresa concesionaria y gestora de dicho servicio. Responsabilidad de la Administración por las actuaciones de sus concesionarios (FJ 2 y 3)

“Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.” (FJ 3)

Por su parte, el Tribunal recordó que el Tribunal Supremo ha declarado que:

“[...] en la gestión de los servicios públicos mediante contrato, la Administración ha asumido previamente la actividad de que se trata, por considerarla indispensable para la vida de la sociedad. Se ha producido lo que la doctrina ha llamado *publicatio* de dicha actividad y que no supone otra cosa que la conversión de tal actividad en competencia administrativa.” (FJ 3)

Asimismo, el Tribunal advirtió que:

“[...] hay que tener presente que la Administración concedente no pierde la titularidad por el hecho de conceder el servicio. Dicha titularidad la conserva la Administración.” (FJ 3)

Además:

“[...] porque mantiene su titularidad la Administración, le alcanza la responsabilidad por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entra en relaciones de Derecho privado.” (FJ 3)

En cuanto al cauce procesal que debería haber optado la recurrente, el Tribunal señaló que debía excluirse “la posible intervención de la jurisdicción civil, ya no es posible remitir al perjudicado a una reclamación civil contra la empresa concesionaria, como parece remitir la resolución expresa de fecha 25.09.2001 (aunque luego no se traslade a su parte dispositiva)” (FJ 3).

Dicho esto, el Tribunal advirtió que “el particular perjudicado hizo lo que le correspondía: reclamar a la Administración aunque el causante del daño pudiese ser el concesionario”, y que “Quien no actuó conforme a dicho esquema es la Administración demandada que no se pronunció sobre procedencia/improcedencia de la indemnización ni declaró la responsabilidad del concesionario para el primer supuesto. Simplemente eludió su responsabilidad, dejando

sin resolver si el concesionario era responsable del eventual daño”.

Sobre esta cuestión, el Tribunal declaró finalmente que:

“En los supuestos en que la Administración actúa de la forma indicada (sin pronunciamiento de responsabilidad ni de sujeto responsable) el perjudicado puede válidamente reclamar judicialmente de la Administración y si ésta resulta condenada ya repetirá contra el concesionario.” (FJ 3)

Determinada la responsabilidad de la Administración en los casos indicados, el Tribunal analizó la causalidad del accidente. Al respecto, éste destacó que:

“[...] ni la Administración demandada ni la entidad contratada para la gestión del servicio (emplazada en fase administrativa y en esta fase jurisdiccional), han negado la realidad del accidente y sus causas.” (FJ 3)

En este sentido, el Tribunal advirtió que:

“Si [...] no dan explicación alguna de por qué se adoptó dicha decisión y si se verificó que el nuevo local reunía las condiciones idóneas para el servicio gestionado, desde luego no debe

cargar en contra del perjudicado la falta de unas pruebas que sólo la otra parte puede facilitar.” (FJ 3)

Además, el Tribunal señaló que:

“[...] la colocación de una ‘moqueta’ recortada y no pegada o sujeta al suelo, constituye elemento de riesgo causante del accidente e imputable al mal funcionamiento del servicio, por lo que procede la obligación de indemnizar.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal desestimó la causa de inadmisión invocada por la Administración y estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo, reconociendo el derecho de la recurrente a ser indemnizada por el Ayuntamiento de Marratxí en la cantidad de 8.095,64 euros, más los intereses legales computados a partir de esta sentencia.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

A favor de la responsabilidad directa de la Administración contratante, ver las siguientes sentencias: STSJ de Baleares 806/2001, de 27 de julio (Aranzadi 2001/271408) y STSJ de Baleares 871/2003, de 4 de noviembre (Aranzadi 2004/56978).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Impugnación de planes generales municipales de ordenación urbana. Principio de autonomía municipal. Calificación de un solar como “casco antiguo”

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión de Urbanismo de Girona aprobó autorizó en enero de 1996 al Ayuntamiento de Forallac, junto con los restantes municipios que integraban el ámbito territorial del Plan general de ordenación de la zona de La Bisbal, previa audiencia de todos ellos, a desagregarse de forma individualizada del anterior, mediante la configuración del Plan general de cada municipio, cuyo contenido debía consistir en la transcripción sobre bases cartográficas actualizadas del planeamiento vigente, con inclusión de las modificaciones del Plan general y el planeamiento derivado aprobado así como los recursos administrativos y contenciosos resueltos, la revisión del programa de actuación y la adaptación del plan a la Ley de adecuación. Posteriormente, en mayo de 1996 el Ayuntamiento de Forallac aprobó inicialmente el documento de planeamiento denominado “Concreció cartogràfica i adaptació dels nuclis del Pla general de la zona de la Bisbal”. Más tarde, en noviembre de 1997, el Ayuntamiento acordó aprobar definitivamente el Plan general de ordenación de Forallac, dictándose más tarde un nuevo acuerdo por la Comisión de Urbanismo de Girona en mayo de 1997, por el que se daba la conformidad al texto refundido del Plan general de ordenación urbana de Forallac presentado y se ordenaba su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

Contra el último acuerdo, JP interpuso recurso ordinario, que fue desestimado tácitamente por la Conselleria de Política Territorial i Obres Públiques. Contra dicho acuerdo, el recurrente interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue estimado parcialmente por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba la incompetencia del Ayuntamiento de Forallac para la tramitación del proyecto al que se ha hecho referencia, “por afectar a más de un municipio y venir atribuida la competencia para la aprobación inicial y provisional a la entidad local competente cuando se extienda a más de un término municipal”. En relación con la posible incompetencia del Ayuntamiento, el Tribunal declaró lo siguiente:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1283/1998

RESOLUCIÓN: 610/2004

FECHA: 7 de julio de 2004

PONENTE: Ilma. Sra. Ana María Aparicio Mateo

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Departamento de Política territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña

DOCTRINA: Impugnación de planes generales municipales de ordenación urbana. Principio de autonomía municipal. Calificación de un solar como “casco antiguo” (FJ 2, 4, 5, 6 y 7)

“[...] nos hallamos ante la tramitación de un nuevo Plan general de ordenación de Forallac, cuyo ámbito de actuación se proyecta única y exclusivamente en relación con dicho municipio, siendo competente el Ayuntamiento de este último para su tramitación, en virtud de lo dispuesto por el precitado artículo 55.a) del Texto refundido de la legislación urbanística vigente en Cataluña en la indicada fecha, que atribuye al Ayuntamiento la competencia para la aprobación inicial y provisional de los planes generales municipales de ordenación cuando se refieran a un único municipio. Procediendo desestimar el motivo expuesto en base a ello.” (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el primer motivo invocado por el recurrente.

Entrando en el fondo del recurso, el Tribunal apeló a la autonomía municipal para la gestión de sus intereses advirtiendo que

“[...] como sancionan los artículos 137 y 140 de nuestra Constitución, las entidades locales gozan de autonomía para la

gestión de sus intereses, garantizando el texto constitucional la autonomía de los municipios, constituyendo precisamente uno de los factores esenciales de la gestión municipal, integrando un elemento capital de los intereses locales, precisamente la ordenación urbanística de su ámbito territorial, constituyendo la preparación, estudio, avance y aprobaciones inicial y provisional de los planes generales de ordenación urbana, el ejercicio de quizá la más típica y característica competencia municipal, por la trascendental importancia que la ordenación urbanística del territorio comporta para la calidad de vida de sus habitantes y el progreso social y económico del municipio.” (FJ 4)

En este sentido, el Tribunal recordó que:

“La calificación de los suelos, como regla general, es una decisión discrecional del ente autor del planeamiento que sólo es susceptible de revisión por razones de legalidad, es decir, cuando se infrinjan los elementos reglados de todo acto discrecional, o, cuando la decisión discrecional no respete los hechos determinantes de su actuación, incurra en arbitrariedad, o vulnere los principios generales del derecho.” (FJ 4)

Asimismo, el Tribunal advirtió que se trata de “[...] una potestad de carácter eminentemente discrecional, pues en la configuración del territorio y en la ordenación del estatuto jurídico de la propiedad a través de los planes urbanísticos, deben ser tomadas en consideración circunstancias de la más variada índole, no sólo jurídicas, sino también sociológicas y, en definitiva, peculiaridades propias del municipio” (FJ 4).

Por tanto, según el Tribunal:

“[...] debe proclamarse la discrecionalidad del planificador, también a la hora de clasificar el suelo del municipio, con la excepción que se concreta en la necesidad de clasificar como urbano el suelo que reúna las condiciones de solar, o que en definitiva se encuentre integrado dentro de la malla urbana, todo ello conforme a reiterada y unánime doctrina jurisprudencial.” (FJ 4)

Sentado lo anterior, el Tribunal se centró en las alegaciones del recurrente en relación con el Plan general. En primer lugar, el recurrente propugnaba la clasificación como suelo urbano de ciertos terrenos de propiedad del mismo, por estar dotados con todos los servicios. Sobre este punto, el Tribunal señaló que por parte del perito judicial quedaba acreditado que:

“[...] frente a los terrenos en cuestión se está llevando a cabo una obra de urbanización de la calle Empordà, de tal forma que actualmente el tramo izquierdo de la calle en sentido de acceso al núcleo de Fonteta cuenta con: acceso rodado, pavimentado, alcantarillado con imbornales, suministro de agua y de energía eléctrica, red y báculos de alumbrado público, un hidrante contra incendios y encintado de aceras, con pavimentación incluida en algunos tramos. Circunstancias corroboradas asimismo mediante las fotografías incorporadas al anterior dictamen.” (FJ 5)

Por ello, el Tribunal entendió que:

“[...] no cabe sostener que la obra urbanizadora verificada en el tramo izquierdo de la calle justifique la clasificación como suelo urbano de los terrenos existentes en el tramo derecho de la misma vía, como es el caso de la finca del actor, si se tiene en cuenta que esta última no cuenta con tales servicios, ni está comprendida en un área consolidada por la edificación, además de haber sido escogida por el planificador como límite entre el casco urbano y el suelo no urbanizable de Fonteta, atendidas su situación y características, en virtud del reiterado principio de discrecionalidad, según se desprende de las alegaciones de la demandada y puede constatar en el plano aportado como documento número cinco de la contestación.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal alegaba que las nuevas determinaciones del planeamiento suponían una reducción del potencial edificatorio del núcleo de Fonteta, y concretamente en solares de su propiedad. Al respecto, el Tribunal advirtió que:

“[...] nuevamente debe reiterarse que regirá la denominada potestad de planeamiento, de carácter eminentemente discrecional y susceptible de revisión únicamente por razones de legalidad.” (FJ 6)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

“[...] la demandante [...] no ha acreditado, cual le incumbía, la irracionalidad del modelo territorial escogido por el planificador, que en el supuesto enjuiciado ha pretendido evitar en el núcleo de Fonteta la concentración de parcelas unifamiliares entre medianeras, con la consiguiente reducción de un exceso de densidad, que ha comportado asimismo la reducción de determinadas zonas verdes, como pone de manifiesto la demandada en la contestación y se infiere de los objetivos y criterios concretados en la memoria descriptiva de dicho Plan.”

Por ello, el Tribunal consideró que:

“[...] no entendiéndose arbitraria la determinación urbanística acordada, procederá desestimar el motivo de que se trata.” (FJ 6)

Por el contrario, el Tribunal estimó la pretensión en cuya base se solicitaba la calificación como “casco antiguo” del solar de propiedad del Sr. JP situado en la calle de la Font y calificado como “Verde privado”.

El Tribunal lo entendió así, “[...] en consideración a las condiciones del solar en cuestión, de 165 m² de superficie y colindante a dos edificaciones de distinta propiedad, y dado que, del contenido del repetido informe, se desprende que no concurren características especiales en dicho terreno para su configuración como un espacio vacío del paisaje urbano, si se tiene en cuenta que su límite este está abierto al paisaje libre de edificación configurado por los terrenos no urbanizables de la zona, añadiendo que ‘con la calificación actual esta zona verde puede servir de jardín a las dos edificaciones vecinas colindantes, una de las cuales ya disfruta de vistas directas sobre el referido solar, pero no a la propiedad actual pues carece de sentido mantener un jardín privado sin ninguna construcción anexa y frente un campo abierto’, y concluyendo que la calificación más lógica debería ser la de ‘Clave 2-Casco antiguo’, tal y como se ha realizado con otros solares no edificados contiguos a otras edificaciones del casco antiguo [...]” (FJ 7).

En consecuencia, el Tribunal estimó parcialmente el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el control de legalidad de los planes de ordenación urbana, ver la siguiente sentencia: STS de 30 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/5797).

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Revisión de un plan general de ordenación urbana. Control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias de los municipios por las comunidades autónomas

SUPUESTO DE HECHO

En abril de 1997, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobó definitivamente la revisión del Plan general de ordenación urbana de Madrid, por el que se incluía cierta parcela en la delimitación del Área de Planeamiento Específico en Suelo Urbano APE 09.24, dentro del ámbito Valdemarín-Aravaca. Entre los ámbitos de ordenación a los que el mencionado acuerdo imponía determinadas condiciones para su aprobación definitiva se encontraba Valdemarín Aravaca que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.A).b) debía reducir con carácter homogéneo la edificabilidad, a excepción de las áreas de planeamiento incorporado (APIS), y los planeamientos vinculados a los convenios de adjudicación de la M-40. El titular de la mencionada parcela, urbanizada y edificada, que constituía su domicilio personal, interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el mencionado acuerdo, solicitando la nulidad del mismo o subsidiariamente se obligara al Ayuntamiento a pasar porque el vial que afectaba su propiedad se ajustara al trazado previsto en la aprobación inicial del Plan general de ordenación urbana de Madrid.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba la ilegalidad del control autonómico sobre el ámbito denominado "Valdemarín-Aravaca", acordando una reducción de la edificabilidad de dicho ámbito, concretada exclusivamente por las áreas de planeamiento específico, dejando al margen las áreas de planeamiento incorporado y los planeamientos vinculados a los convenios de adquisición de la M-40. El recurrente fundamentaba la ilegalidad de la medida en que "[...] la decisión autonómica no incide o repercute sobre intereses supralocales, atentando gravemente a los intereses meramente locales, citándose como infringida la doctrina jurisprudencial recaída sobre esta materia, así como el artículo 48 de la Ley 9/1995, de la Comunidad de Madrid". Al respecto, el Tribunal se refirió a control de legalidad de los actos de los municipios y provincias, declarando lo siguiente:

"El control de legalidad [...] puede ejercerse en el caso de los municipios y provincias –dado su carácter de administraciones públicas– por la Administración del Estado, aun cuando es posible también su transferencia a las comunidades autónomas en los términos que expresa el artículo 148.1.2 de la CE, y, naturalmente, en uno y otro caso, siempre con la posibilidad de control jurisdiccional posterior. Ello, sin perjuicio de que el ajuste a la Constitución de la legislación de régimen local –en términos positivos y no de evitar incompatibilidades– se producirá cuando se promulgue una nueva ley en cumplimiento del mandato implícito contenido en la Constitución, según se indica en el epígrafe 1.B), *in fine*, de esta sentencia." (FJ 3)

Sin embargo, el Tribunal aclaró que:

"[...] la autonomía garantizada por la Constitución quedaría afectada en los supuestos en que la decisión correspondiente a 'la gestión de los intereses respectivos' fuera objeto de un control de oportunidad de forma tal que la toma de la decisión viniera a compartirse por otra administración. Ello, naturalmente, salvo excepción que pueda fundamentarse en la propia Constitución, como se comprobará más adelante." (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal advirtió de la existencia de "intereses supralocales" e hizo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que:

"Tomando por base la coexistencia de intereses locales y supralocales, así como el principio de autonomía local [...] rein-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 225/1999

RESOLUCIÓN: 506/2004

FECHA: 2 de junio de 2004

PONENTE: Ilma. Sra. M.^a Jesús Vegas Torres

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Comunidad de Madrid, Ayuntamiento de Madrid; Junta de Compensación "VE"

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 140 y 141 de la CE, y artículo 48 de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de ordenación del territorio, suelo y urbanismo de la Comunidad de Madrid

DOCTRINA: Revisión de un plan general de ordenación urbana. Control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias de los municipios por las comunidades autónomas (FJ 3, 4, 5 y 6)

terpreta las facultades del ente autonómico en la aprobación definitiva de los planes urbanísticos." (FJ 3)

En este sentido, el Tribunal señaló que:

"Partiendo de la base de que 'en la relación entre el interés local y el interés supralocal es claramente predominante este último' [...] queda perfectamente justificado que, en el aspecto temporal, la decisión autonómica se produzca con posterioridad a la municipal y que, en el aspecto sustantivo, aquélla haya de contemplar el plan no sólo en sus aspectos reglados sino también en los discrecionales que por su conexión con intereses supralocales hayan de ser valorados para asegurar una coherencia presidida por la prevalencia de tales intereses superiores." (FJ 3)

Dicho lo anterior, el Tribunal declaró que procedía la desestimación del recurso, a la vista de lo establecido por los informes efectuados por la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional de la Comunidad de Madrid y por la Dirección General de Educación y Prevención Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional, en cuya virtud:

"[...] las determinaciones urbanísticas contenidas en la aprobación provisional del PGOU en relación con el ámbito aquí cuestionado suponían, de una parte y en primer lugar, un desequilibrio tipológico, así como un incremento del tráfico, todo ello no justificado por la aparición de circunstancias demográficas y socioeconómicas, lo que unido a una ausencia de reserva de suelo para dotaciones y equipamientos públicos, aconsejaba un aplazamiento del ámbito en cuestión al objeto de disminuir la edificabilidad inicialmente prevista. De otra parte y en segundo lugar, aquellas determinaciones provisionalmente acordadas resultaban excesivas en términos ambientales con respecto a la protección ecológica que merece el monte de El Pardo." (FJ 3)

En segundo lugar, el recurrente alegaba la falta de la preceptiva información pública previa, por entender que:

"[...] el citado ámbito ha sufrido modificaciones sustanciales a resultas del aplazamiento, que afectan no sólo a la edificabilidad, toda vez que el Ayuntamiento de Madrid ha aprovechado para cambiar la completa ordenación urbanística del ámbito, que difiere notablemente de la aprobada inicial y provisionalmente." (FJ 4)

Sin embargo, al respecto el Tribunal hizo la siguiente aclaración:

“[...] la modificación de la ordenación es meramente puntual y accesoria, de modo que no afecta al modelo territorial y tiene una importancia mínima para el plan considerado en su globalidad: que tal ordenación tenga relevancia para los propietarios es perfectamente lógico, pero desde el punto de vista del modelo territorial trazado por el plan, su alteración no puede considerarse bastante para provocar una nueva información pública.” (FJ 4)

Por tanto, el Tribunal también desestimó el segundo motivo de impugnación.

A continuación, el Tribunal analizó la petición del recurrente de que el trazado vial aprobado definitivamente fuera revocado y sustituido por el que había sido aprobado inicialmente, “al originar un grave peligro para la seguridad personal del recurrente, de su familia y del público en general” (FJ 5).

Al respecto, el Tribunal hizo referencia a la “discrecionalidad técnica” del planificador urbano. Del análisis de la prueba pericial practicada, el Tribunal entendió que:

“1. Desde el punto de vista técnico, es preferible la solución inicial, trazado más suave en planta y, acceso en mejores condiciones a la glorieta superior.

“2. Desde el punto de vista económico, tiene mayor coste la solución final ya que hay que realizar una serie de medidas (que no llevaría la solución inicial), como son el refuerzo del muro contra el empuje de tierras, contra el agua y un sistema de drenaje (tubería filtrante).

“También habría que proyectar barrera doble-onda o rígida para evitar la salida de los vehículos de la calzada además de mayor señalización horizontal, lo que encarecerá la solución.

“3. Con relación a la racionalidad y funcionalidad del trazado parece que la solución inicial es más racional y funcional no sólo con relación a los parámetros en planta, sino también en relación con los accesos a la glorieta.” (FJ 5)

En virtud de ello, el Tribunal estimó el motivo de impugnación indicado.

Por último, el recurrente alegaba la falta de publicación íntegra en los diarios oficiales del contenido normativo íntegro de determinaciones urbanísticas de la aprobación definitiva de la revisión del Plan general de ordenación urbana de Madrid en el Ámbito Valdemarín-Aravaca. Sobre este punto, el Tribunal recordó que, como había declarado el Tribunal Supremo:

“[...] la obligación de la publicación íntegra de los planes alcanza no sólo a los planes cuya aprobación corresponde a los municipios, sino también a los planes urbanísticos aprobados definitivamente por las comunidades autónomas. Ello supone aplicar al ámbito urbanístico el principio legal y constitucional de publicidad de las normas —artículo 9.3 de la CE.” (FJ 6)

Sin embargo, dicho lo anterior, el Tribunal advirtió que:

“[...] la falta de publicación de la normativa urbanística en el periódico oficial correspondiente no constituye causa de nulidad, reduciendo los efectos de esa omisión a la ineficacia de dichas normas.” (FJ 6)

Aplicando lo indicado al caso enjuiciado, el Tribunal entendió que:

“[...] procedería poner de manifiesto la ineficacia jurídica del instrumento de planeamiento objeto del presente procedimiento por falta de su íntegra publicación en el BOCM, declaración que no se efectuará en la parte dispositiva de la presente resolución por no haber sido solicitada por la parte recurrente en su escrito de formalización de la demanda.” (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulando las determinaciones concernientes al vial aprobado definitivamente objeto de impugnación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre las facultades del ente autonómico en la aprobación definitiva de los planes urbanísticos, ver las siguientes sentencias: STS de 21 de febrero de 1994 (Aranzadi 1994/1455); STS de 24 de diciembre de 1990 (Aranzadi 1990/10191), y STS de 12 de febrero de 1991 (Aranzadi 1991/948).

Haciendo referencia al planeamiento, una potestad de titularidad compartida por los municipios y las comunidades autónomas, ver las siguientes sentencias: STS de 20 de marzo (Aranzadi 1990/2246), de 9 (Aranzadi 1990/6034), de 13 (Aranzadi 1990/6830) y de 31 de julio (Aranzadi 1990/7833), de 2 de octubre (Aranzadi 1990/10183), de 22 y de 24 de diciembre de 1990 (Aranzadi 1990/10191), de 30 de enero (Aranzadi 1991/614) y de 25 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3430), de 13 de febrero (Aranzadi 1992/2828) y de 23 de junio de 1992 (Aranzadi 1992/5312), de 21 de septiembre (Aranzadi 1993/6623) y de 15 de noviembre de 1993.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Alcance de la potestad reglamentaria de los entes locales

SUPUESTO DE HECHO

El Canal de Isabel II promovió un recurso frente al Ayuntamiento de Madrid en virtud de la sanción de 1.000 euros que se impuso con base al artículo 47.5 de la Ordenanza general de obras, servicios e instalaciones en las vías y espacios públicos del Ayuntamiento de Madrid. El juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente estimó el recurso, al considerar ilegal el artículo 47.5 de la citada ordenanza y, una vez firme la sentencia, planteó una cuestión de ilegalidad. En la misma se planteaba que el precepto mencionado carecía de cobertura legal, en la medida que el artículo 204.4 de la Ley del suelo de la Comunidad de Madrid, en relación con el artículo 201 del mismo texto, no se la prestaba, cuando la exigencia de solicitar licencia tras el aviso de avería era originaria de la propia ordenanza y ajena a la Ley del suelo y al contenido de su artículo 32 y, además, la cala por avería nunca estaba sujeta al régimen de licencias de los artículos 154 y 155 de la Ley del suelo por lo que entendía que su incumplimiento carecía de la cobertura suficiente.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó la cuestión de ilegalidad.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Cuestión de ilegalidad núm. 1236/2003

RESOLUCIÓN: 846/2004

FECHA: 25 de mayo de 2004

PONENTE: Ilmo. Sr. Francisco Javier Canabal Conejos

DEMANDANTE: Canal de Isabel II

DEMANDADO: Ayuntamiento de Madrid

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 201 y 204.4 de la Ley 9/2001, del suelo de la Comunidad de Madrid

DOCTRINA: Alcance de la potestad reglamentaria de los entes locales (FJ 3, 4 y 5)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la cuestión planteada, el Tribunal analizó los artículos de la Ley del suelo de la Comunidad de Madrid invocados por el recurrente, señalando, como ya hizo en una ocasión anterior, que “el artículo 204.3 de la Ley 9/2001 tipifica como infracción ‘la realización de actos y actividades de transformación del suelo mediante la realización de obras, construcciones, edificaciones o instalaciones sin la cobertura formal de las aprobaciones, calificaciones, autorizaciones, licencias u órdenes de ejecución preceptivas o contraviniendo las condiciones de las otorgadas, salvo que se trate de obras menores, no precisadas legalmente de proyecto técnico alguno y con escasa repercusión en el ambiente urbano, rural o natural. De darse esta última salvedad, la infracción tendrá carácter de leve’”, y que “el propio artículo 218 de la Ley 9/2001 establece, con relación a actividades que perturben el uso público, que ‘cuando la infracción se realice sobre bienes no susceptibles de valoración por estar excluidos de modo permanente y total del tráfico jurídico, la multa podrá oscilar entre 600 y 30.000 euros, graduándose en función de la mayor o menor trascendencia que la perturbación ocasione al uso público’” (FJ 3).

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

“[...] la cuantía de la multa coincide exactamente con la sanción prevista por el artículo 47.5 de la ordenanza citada.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal se centró en el alcance de la autonomía local, declarando que:

“[...] la autonomía implica la noción de poder limitado, exige dotación competencial propia y exclusiva que sirva para satisfacer el interés respectivo, siendo la ley, en última instancia, la que concrete el ámbito de autonomía. En consecuencia, ha de quedar muy claro que la cláusula constitucional de autonomía local implica, en sí, el reconocimiento del poder normativo del municipio [...] se trata de la posibilidad de producir un ordenamiento jurídico restringido, derivado del constitucional y del que proviene de la ley.” (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal recordó que, como declaró en otras ocasiones:

“[...] la potestad reglamentaria de los entes locales, reconocida implícitamente en el artículo 137 de la Constitución al dotarlos de autonomía para la gestión de sus intereses propios, puede ejercerse en la doble vertiente de relaciones de supremacía o sujeción especial y de relaciones de supremacía o sujeción general.” (FJ 4)

Siguiendo con las potestades de los entes locales, el Tribunal advirtió que:

“[...] sus reglamentos u ordenanzas pueden tener el carácter de independientes, reconociéndose a tales entes una libertad de disposición normativa que se traduce en la producción de normas organizativas o *praeter legem* sin necesidad de una previa habilitación o cobertura legal distinta de la primaria atribución por Ley de la potestad reglamentaria.” (FJ 4)

Dicho esto, el Tribunal aclaró que:

“[...] el establecimiento de medidas administrativas limitadoras de derechos privados por meros reglamentos supuestamente independientes de la ley no es válido, y mucho más aún si esos derechos cuya limitación se pretende encuentran en la ley su configuración y atribución.” (FJ 4)

Por otra parte, el Tribunal señaló que:

“[...] la doctrina general relativa a la garantía formal de la reserva de ley en el ámbito de las sanciones administrativas, [...], ‘sólo tiene una eficacia relativa o limitada, en el sentido de permitir un mayor margen de actuación al Ejecutivo en la tipificación de los ilícitos y sanciones administrativas, por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las

potestades públicas, al carácter ‘en cierto modo insuprimible’ de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y a otras consideraciones de prudencia y oportunidad’ [...]”.

Además, el Tribunal aclaró que:

“La Ley de régimen local no tiene que descender a la tipificación de todas y cada una de las posibles infracciones de todas las ordenanzas municipales; además, en el proceso de descentralización territorial que diseña la Constitución, a la entidad local parece lógico que se le permita la tipificación de conductas ilícitas; en ese sentido, el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real decreto número 1398/1993, de 4 de agosto, equipara a las ordenanzas municipales con las leyes en el ámbito local –artículo 2.2.” (FJ 5)

Dicho lo anterior, y centrándose en el caso estudiado, el Tribunal declaró que:

“[...] el artículo 47.5 de la ordenanza tiene su cobertura legal tanto en el artículo 204.3 de la Ley 9/2001, que tipifica como infracción ‘la realización de actos y actividades de transformación del suelo mediante la realización de obras, construcciones, edificaciones o instalaciones sin la cobertura formal de las aprobaciones, calificaciones, autorizaciones, licencias u órdenes de ejecución preceptivas o contraviniendo las condiciones de las otorgadas, salvo que se trate de obras menores, no precisadas legalmente de proyecto técnico alguno y con escasa repercusión en el ambiente urbano, rural o natural. De darse esta última salvedad, la infracción tendrá carácter de leve’, pues nos encontramos ante un supuesto específico de los regulados en el artículo 151 de la Ley del suelo de la Comunidad de Madrid; como en el propio artículo 218 de la Ley 9/2001 que, con relación a actos, actividades o instalaciones realizadas en terrenos destinados por el planeamiento a uso público de interés general o común, que impidan o perturben gravemente dicho uso, sanciona, cuando la infracción se realice sobre bienes no susceptibles de valoración por estar excluidos de modo permanente y total del tráfico jurídico, con multa entre 600 y 30.000 euros, graduándose en función de la mayor o menor trascendencia que la perturbación ocasione al uso público, dado el contenido propio de la actuación que se persigue.” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal desestimó la cuestión de ilegalidad formulada.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el alcance de la autonomía local, ver la siguiente sentencia: STS 4/1981 (Aranzadi 1981/4).

Sobre la potestad reglamentaria de los entes locales: STS de 18 de diciembre de 1997 (Aranzadi 1997/9368); STS de 14 de febrero de 1975 (Aranzadi 1975/1393), y STS de 27 de marzo de 1985 (Aranzadi 1985/2187).

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Constitución de la Asamblea de Concejales de una mancomunidad de municipios

SUPUESTO DE HECHO

El presidente en funciones de la Mancomunidad de Municipios de Vitigudino no accedió a convocar la sesión de constitución de la Asamblea de Concejales de la Mancomunidad ni demás órganos hasta que no hubiera vencido el plazo previsto en el artículo 8 de los estatutos para todas las corporaciones que integraban la mencionada Mancomunidad, con la peculiaridad derivada de la situación en que se encontraba el Ayuntamiento de Valsalabroso. Contra dicha resolución, fue interpuesto un recurso contencioso-administrativo por parte de dos concejales representantes del Ayuntamiento de Vitigudino en la Mancomunidad de Municipios de Vitigudino, de un concejal representante del Ayuntamiento de Villavieja de Yeltes en dicha Mancomunidad, y de un concejal representante de Pozos de Hinojo en la citada Mancomunidad. Los actores pretendían que se declarase que la resolución indicada vulneraba el derecho fundamental reconocido en el artículo 23 de la CE, ordenando la reparación del mencionado derecho mediante la convocatoria inmediata y directa de la sesión constitutiva de la Mancomunidad municipal, si bien, al haberse ya celebrado esa sesión constitutiva, se limitaba la pretensión de la parte actora a que se declare esa vulneración por parte de la resolución impugnada del citado derecho fundamental.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó si la convocatoria de la Asamblea de Concejales suponía una vulneración del artículo 23 de la CE. En este sentido, el Tribunal señaló que:

"[...] las mancomunidades municipales son entidades locales, como determina el artículo 3.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372), reguladora de las bases del régimen local, que se rigen por sus estatutos propios, como dispone el artículo 44.2 de esa ley." (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal indicó que:

"La constitución de la Asamblea de Concejales de la Mancomunidad de Vitigudino se produce, a tenor del artículo 8 de sus estatutos, tras la celebración de las elecciones locales.

"A tal fin cada ayuntamiento integrante ha de designar al vocal o vocales que le represente en esa asamblea, lo que ha de verificarse dentro del plazo previsto por la ley para la designación de representantes en órganos colegiados. Transcurrido ese plazo de designación de los vocales por los ayuntamientos 'se

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa.

Recurso contencioso-administrativo núm. 1983/2003

RESOLUCIÓN: 772/2004

FECHA: 12 de mayo de 2004

PONENTE: Ilmo. Sr. Ramón Sastre Legido

DEMANDANTE: Concejales integrantes de una mancomunidad de municipios

DEMANDADO: Mancomunidad de Municipios de Vitigudino

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23 de la CE, y artículo 3.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local

DOCTRINA: Constitución de la Asamblea de Concejales de una mancomunidad de municipios (FJ 4)

procederá', dice el núm. 5 de ese artículo 8 de los estatutos, a la constitución de la nueva Asamblea de Concejales de la Mancomunidad y designación de su presidente." (FJ 4)

Centrándose en el caso estudiado, el Tribunal entendió que:

"[...] se ha vulnerado su derecho a que se proceda a esa constitución de la Asamblea para la que han sido designados por los respectivos órganos municipales, y con ello el derecho fundamental previsto en el citado artículo 23 del texto constitucional, al ser éste un derecho de configuración legal, como antes se ha dicho, y establecerse en la norma prevista legalmente –los 'estatutos propios' de la Mancomunidad, a los que remite la citada Ley 7/1985– que ha de procederse a la constitución de la nueva Asamblea de Concejales –'se procederá', en los términos del número 5 de ese artículo 8 de los estatutos, como antes se ha dicho–, una vez celebradas las elecciones locales y transcurrido el plazo para la designación de los vocales por los ayuntamientos, lo que ya había acontecido cuando se formuló la solicitud de constitución por el aquí demandante Sr. Carlos Miguel el 6 de agosto de 2003, según consta en el expediente remitido." (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso.

D) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente

SUPUESTO DE HECHO

Las instalaciones de una empresa dedicada a la fabricación de productos destinados a materias primas de farmacia y veterinaria generaban residuos líquidos que eran vertidos al cauce de un río a través de un colector, sin que la empresa contara para ello con ningún tipo de autorización administrativa. Ello causó que la Junta de Saneamiento del Departamento de Medio Ambiente de la Generalidad de Cataluña denunciara a la mencionada empresa e incoase el correspondiente expediente administrativo sancionador, con una multa de 2.603.302 pesetas por infracción del artículo 316.g) en relación con el 317 del Reglamento del dominio público hidráulico.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Jurisdicción penal

RESOLUCIÓN: 1148/2004

FECHA: 25 de mayo de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Gregorio García Ancos

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 325 del Código penal

DOCTRINA: Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente (FJ 1)

La Audiencia Provincial de Barcelona, absolvió al director y al secretario del consejo de administración de la mencionada empresa. El fiscal interpuso un recurso de casación contra dicha resolución. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal estuvo de acuerdo con la sentencia de instancia en que:

"[...] artículo 347 bis que tipifica el delito contra el medio ambiente exige la concurrencia de estos elementos o requisitos: a) una conducta consistente en provocar o realizar emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas; b) que dicha conducta suponga una contravención de las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente; y c) que dicha conducta ponga en peligro grave la salud de las personas, o pueda perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles." (FJ 1)

Dicho lo anterior, en relación con el caso estudiado, el Tribunal declaró que:

"[...] la más reciente jurisprudencia (véase, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 1 de abril de 2003 [RJ 2003, 4062]) ha calificado el tipo delictivo del artículo 325 del Código penal vigentes, no como un delito de peligro concreto ni tampoco abstracto *stricto sensu*, sino como un delito de peligro hipotético, no siendo bastante constatar la contravención de la normativa

administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar, no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. O lo que es lo mismo, lo que debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta para poderla incardinar en el mencionado tipo delictivo." (FJ 1)

"Esto último es precisamente en lo que se sustenta la sentencia recurrida para llegar a una solución absolutoria, pues si bien los vertidos eran realmente peligrosos y nocivos, no quedó suficientemente probado que lo fueran dadas las características del río receptor y de su caudal. Entendemos que esa prueba (o falta de prueba) ha sido valorada correctamente por la sala de instancia por haberse hecho dentro de la lógica y de las normas de la experiencia, según la competencia que para ello le otorga el artículo 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal que tiene su raíz y razón de ser en un principio tan importante como es el de inmediación." (FJ 1)

En consecuencia, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la consideración del delito contra los recursos naturales y el medio ambiente como de peligro hipotético ver la siguiente sentencia: STS de 1 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/4062).

Tribunal Supremo. Delito contra el patrimonio histórico. Delito de prevaricación especial y prevaricación administrativa

SUPUESTO DE HECHO

El Decreto 34/1985 declaró como Conjunto Histórico-Artístico el lugar de Alceda. En 1991, el Sr. R, ostentando el cargo de alcalde de la mencionada localidad propuso en su condición de tal la iniciación de los trámites pertinentes a fin de modificar la calificación de Conjunto Histórico-Artístico, basándose en los inconvenientes que éste entendía que suponía para los habitantes del pueblo que desearan construir en la zona indicada.

En 1996, el Sr. A adquirió una finca dentro del perímetro del conjunto, con pleno conocimiento de dicha circunstancia, con la finalidad de proceder a la demolición de la casa y levantar en la finca un conjunto de por lo menos veinticuatro viviendas para su posterior venta. A tal fin, éste solicitó una licencia para movimiento de tierras, que le fue concedida por R, que conocía la intención de derribar la casa.

Tras el derribo de la casa indicada, los servicios de la Consejería de Cultura y Deporte de Cantabria incoaron un expediente sancionador por infracción de carácter urbanístico contra el alcalde R y el constructor R. Como consecuencia del expediente mencionado y de la incoación de la causa penal que suscitó, con el fin de adecuar los libros y documentos del expediente municipal a la realidad de lo sucedido, por orden directa de R se modificó la solicitud de licencia en septiembre de 1997, añadiendo la expresión "y derribo de muro", donde previamente sólo constaba movimiento de tierras.

La Audiencia Provincial de Cantabria dictó una sentencia en la que condenaba a R como autor penalmente responsable a la pena en concepto de autor de un delito de prevaricación, a la pena de quince meses de prisión, inhabilitación por igual tiempo para el derecho de sufragio pasivo, nueve años de inhabilitación para el cargo de alcalde concejal u otro electo y al pago de un cuarto de las costas. Por su parte, condenó a A como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de daños al patrimonio histórico, a la pena de quince

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.
Jurisdicción penal. Recurso de casación núm.
28/2003

RESOLUCIÓN: 654/2004

FECHA: 25 de mayo de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 321, 322.2 y 404 del Código penal

DOCTRINA: Delito contra el patrimonio histórico.
Delito de prevaricación especial y prevaricación
administrativa (FJ 2, 3, 4 y 5)

meses de prisión, inhabilitación por igual tiempo para el derecho de sufragio pasivo, dieciocho meses de multa con una cuota diaria de 15 euros, cuatro años de inhabilitación para la profesión de promotor, constructor y contratista y al pago de un cuarto de las costas incluidas las de la acusación particular.

Frente a la indicada resolución, los acusados interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo absolvió a A del delito del que era acusado y a R del delito de prevaricación específica y lo condenó como autor de un delito de prevaricación administrativa ordinaria y sin circunstancias modificativas, a las penas de nueve años de inhabilitación para el cargo de alcalde, concejal u otro electivo, y al pago de una cuarta parte de las costas de la instancia, declarando de oficio las otras tres cuartas partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Sr. A alegaba la inadecuada aplicación del artículo 321 del Código penal, en cuya virtud:

“Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.”

En relación con los elementos constitutivos del delito indicado, el Tribunal indicó que este requiere en primer lugar “Una acción de derribo o alteración grave”.

En relación con el significado de la expresión “alteración grave”, el Tribunal indicó que:

“Ha de ser cualitativamente relevante en cuanto a la finalidad que esta norma penal tiene: la protección del interés histórico o asimilados expresados en la norma, de modo que caso de alteración parcial, ésta afecte a la parte del edificio en la que ese interés protegido se concreta.”

Por otro lado, el Tribunal advirtió que:

“Cuando tal gravedad no exista, se plantea el problema de la posible aplicación del artículo 323, que no exige esa gravedad y parece una norma genérica frente a la del 321, más específica. Aunque lo más adecuado con tal sistemática —y sobre todo con la pena más importante de las previstas, la de prisión, que paradójicamente es más grave en el artículo 323 en cuanto a su duración mínima—, quizá tenga que ser relegar estas conductas al derecho administrativo sancionador.” (FJ 2)

Como segundo requisito, el Tribunal señaló que era necesario que “Tal derribo o alteración grave ha de recaer sobre algún edificio” (FJ 2).

Por último, el indicado edificio:

“[...] tiene que ser ‘singularmente protegido por su interés histórico, artístico, cultural o monumental’.”

Al respecto, señaló que:

“En todo caso, esa singular protección ha de venir determinada por alguno de esos cuatro intereses que han de constituir el fundamento o razón de ser de esa protección y que viene precisado en los adjetivos: ‘histórico, artístico, cultural o monumental’.” (FJ 2)

Asimismo, el Tribunal advirtió que “Ha de concurrir dolo” (FJ 2).

En último lugar, el Tribunal advirtió que:

“A) Nos encontramos ante un delito de resultado en el que la producción de un daño concreto (destrucción o alteración grave de un edificio) es necesario para la consumación del delito [...].

“B) No nos encontramos ante un delito especial.

“C) Es posible la comisión por omisión si concurren los requisitos del artículo 11 del CP.

“D) Es aplicable la atenuación específica del artículo 340 que prevé de modo preceptivo la sanción del delito con las penas inferiores en grado cuando el culpable hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado.” (FJ 2)

Entrando en el caso estudiado, el Tribunal discrepó con la sentencia, al entender que “falta en el caso el elemento 3.º: no nos encontramos ante un edificio ‘singularmente protegido’.”

Al respecto, advirtió que:

“[...] la inclusión de un edificio en la declaración de conjunto histórico artístico hecho por Decreto 34/1985 (LCTB 1985, 970) del Gobierno de Cantabria no convierte a cada uno de los edificios comprendidos dentro del perímetro definido en la propia norma jurídica en ‘singularmente protegido’. El propio artículo 9 y siguientes de la citada Ley 16/1985, regulan el expediente administrativo a seguir para esa declaración de singular protección que habrá de terminar por medio de ese decreto que ha de declarar de forma individualizada un determinado bien como de interés cultural.”

Así:

“En el caso presente falta este elemento objetivo del delito y, en consecuencia, fue mal aplicado al caso el artículo 321 del CP.” (FJ 2)

Además de ello, el Tribunal añadió que:

“[...] no cabe aplicar tampoco al caso el artículo 323 del CP, norma que, por su objeto es de mayor ámbito que la del artículo 321, pues, por lo que aquí nos interesa, castiga los daños causados en ‘bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental’ (el querellante también acusó por este delito —folio 972, tomo VI—). Es decir, aquí no se exige el requisito requerido de la singular protección.” (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal estimó el motivo invocado por A, con la consiguiente absolución.

En cuanto R, éste fundaba se fundaba en la existencia de un expediente sancionador por parte de la Consejería de Cultura y Deporte del Gobierno de Cantabria contra el constructor A y el alcalde R, que terminó con una sanción a este último y absolución del primero. Por ello, alegaba la vulneración del principio *non bis in idem*. Sin embargo, al respecto, el Tribunal advirtió que:

“[...] respecto de [R] quedó paralizado tal expediente administrativo [...] precisamente por la incoación del presente procedimiento penal por querrela de un partido político, Unión Cántabra de Corvera de Toranzo.” (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

“A lo sumo, lo que procede, cuando hay una resolución previa sancionadora de carácter administrativo, es tener en cuenta en la sanción penal la antes impuesta por la administración para realizar el oportuno descuento.” (FJ 3)

En consecuencia:

“[...] aunque hubiéramos de tomar como correcta la alegación de D. Romeo y hubiéramos de partir de que hubo condena firme por parte de la administración por estos mismos hechos, hipótesis que expresamente rechazamos, tampoco habría de estimarse este motivo 5.º del presente recurso: no se ha vulnerado el principio *non bis in idem*.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el primer motivo invocado.

Por otra parte, R alegaba que la sentencia recurrida había incurrido en error en apreciación de la prueba que, según éste, quedaba acreditado por medio de documentos oficiales no contradichos por ninguna otra prueba.

Al respecto, el Tribunal declaró que:

“Esta sala ha examinado los nueve apartados en que aparece dividido el desarrollo de este motivo de casación y podemos afirmar que en ninguno de ellos se habla de ninguna prueba documental (ni pericial) que pudiera servir para acreditar algún extremo contradictorio con lo que se afirma como hechos probados en la sentencia [...] recurrida. Nada de lo que aquí se dice sirve para contradecir la realidad del hecho por el que viene condenado el Sr. Quevedo: El otorgamiento de una licencia con conocimiento de determinadas circunstancias que obligan a afirmar que fue un acto administrativo injusto realizado a sabiendas de su injusticia.” (FJ 4)

A continuación, el recurrente alegaba la aplicación indebida del artículo 322.2 del CP. Al respecto, el Tribunal señaló que se refiere a “[...] la concesión de una autorización administrativa para un proyecto de derribo o alteración de edificio singularmente protegido por ser interés histórico, artístico, cultural o monumental” (FJ 5).

Dicho esto, el Tribunal advirtió que:

“En el caso presente no existió este delito de prevaricación cualificada, porque el edificio que se destruyó por orden de dicho D. Alexander no era un edificio singularmente protegido. Nos remitimos a lo dicho en el mencionado fundamento de derecho 2.º de esta sentencia.” (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

"[...] hay aquí un delito de prevaricación ordinaria del artículo 404 del CP actual que se corresponde con el paralelo 358 del CP anterior." (FJ 5)

A continuación, el Tribunal entró a analizar los elementos del tipo penal contemplado por el artículo 404 del CP:

"1º. La cualidad de funcionario público o autoridad [...]. (FJ 5)

"2º. Que haya una resolución injusta en asunto administrativo [...]. Hay que decir aquí [...] que [...] no basta la mera ilegalidad a este respecto; no existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. (FJ 5)

"También es muy reiterada la doctrina de esta sala a la hora de concretar el contenido de esa injusticia o arbitrariedad: puede radicar en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, en la ausencia de razonamiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto. (FJ 5)

"3º. El otro requisito, de carácter subjetivo, viene recogido en los términos 'a sabiendas', que es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito, que revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este delito. Dolo es actuación del sujeto conociendo la concurrencia de los elementos objetivos del injusto, en este caso, actuación con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa." (FJ 5)

Sentado lo anterior, el Tribunal se centró en el caso estudiado, señalando al respecto que:

"Ninguna duda se ha planteado en cuanto a la concurrencia del citado elemento primero. El alcalde, aunque lo sea de un pueblo pequeño y de pocos medios, como reiteradamente alega el recurrente, es autoridad en los términos definidos en el citado artículo 24.1 del CP." (FJ 5)

Por otra parte, el Tribunal señaló que:

"[...] en la concesión de la licencia por el alcalde a D. Alexander existió una injusticia que excede de la mera ilegalidad

y tiene la gravedad necesaria para que merecidamente podamos hablar aquí de resolución arbitraria." (FJ 5)

Por tanto:

"La concesión por el alcalde de una licencia para el inicio de unas obras que habrían de desembocar en el derribo de tal edificio antiguo enclavado en ese conjunto histórico artístico constituye este elemento objetivo del tipo de prevaricación administrativa del actual artículo 404 del CP. Ciertamente tal autoridad municipal dictó una resolución arbitraria." (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal señaló que la decisión arbitraria fue dictada "a sabiendas de su injusticia", destacando el "Conocimiento por parte del alcalde de que las obras cuyo inicio autorizaba mediante la licencia a la que nos estamos refiriendo tenía por fin el derribo de la casa antigua que el constructor D. Alexander había adquirido para construir en tal lugar 24 viviendas al menos" (FJ 5).

En consecuencia, el Tribunal absolvió a R del delito de prevaricación especial contemplado del artículo 322.2 y le condenó por el de prevaricación genérica del artículo 404 del CP.

Por tanto, el Tribunal declaró haber lugar a los recursos de casación, absolviendo a A de los delitos sobre el patrimonio de los que venía siendo acusado, y absolviendo a R del delito de prevaricación especial, condenándolo como autor de un delito de prevaricación administrativa a las penas de nueve años de inhabilitación para el cargo de alcalde, concejal u otro electivo, y al pago de una cuarta parte de las costas de la instancia, declarando de oficio las otras tres cuartas partes.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el hecho de que la condena previa administrativa no impide la penal, y que sólo se puede tener en cuenta la primera para realizar el oportuno descuento, ver las siguientes sentencias: STC de 16 de enero de 2003 (Aranzadi 2003/2), y STS de 2 de junio de 2003 (Aranzadi 2003/6235).

Sobre finalidad del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de las pruebas: STS de 15 de enero de 2004 (Aranzadi 2004/475).

Sobre requisitos de la prevaricación de los funcionarios públicos: STS de 16 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/4238).

Audiencia Provincial de Madrid. Delito de conducción ética en concurso con el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia

SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de lo penal de Madrid condenó a F como autor de un delito contra la seguridad del tráfico a la pena de tres meses de multa con una cuota diaria de seis euros, privación del permiso de conducir vehículo a motor y ciclomotores por trece meses, y como autor de un delito de desobediencia a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que durase la condena, pago de las costas del procedimiento y a indemnizar a JM por los daños causados, declarando la responsabilidad civil directa de Mutua Madrileña Automovilista y la responsabilidad civil subsidiaria de C.

Contra dicha resolución, F interpuso recurso de apelación, al que se adhirió C. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal entendió bien fundamentada la condena por el delito de peligro abstracto de conducción de vehículos de motor bajo la influencia (negativa) del previo consumo de sustancias psicoactivas (artículo 379 del CP) y la condena por el delito de desobediencia por la negativa a la práctica de la comprobación alco-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.

Sección Decimoséptima. Jurisdicción penal.

Recurso de apelación núm. 21/2004

RESOLUCIÓN: 269/2004

FECHA: 15 de abril de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Fernández Entralgo

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 379 y 380 del Código penal

DOCTRINA: Delito de conducción ética en concurso con el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia (FJ 2)

holimétrica (artículo 380 del CP). Dicho esto, el Tribunal se centró en determinar la relación entre los artículos 379 y 380 del CP, a tenor de la doctrina constitucional y jurisprudencial. Al respecto, el Tribunal recordó que inicialmente "[...] se aplicó, sin reparo, tanto el artículo 379 como el 380, en relación de concur-

so real; apreciando, si acaso, en cuanto a este último, la circunstancia atenuante de embriaguez, como analógica de la eximente incompleta por igual causa (artículo 21.6 –en relación con los 21.2 y 20.2–) (FJ 2).

Sin embargo, más adelante, como señaló el Tribunal:

“Poco a poco [...] se fue extendiendo –posiblemente, por reacción (consciente o inconsciente) frente al sentimiento de iniquidad que suscitaba la aplicación cumulativa de las penas correspondientes, respectivamente, a los artículos 379 y 380– una interpretación limitativa del segundo de tales preceptos, aplicando la doctrina del concurso de leyes penales o atendiendo a la finalidad perseguida por él.” (FJ 2)

Así, como señaló la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife:

“[...] el artículo 380 del Código penal se halla íntimamente relacionado con el artículo 379 porque así se deriva de una interpretación acorde con el tenor literal del precepto [...] que está queriendo remarcar que el bien jurídico protegido principalmente es la seguridad del tráfico, bien común a todo el capítulo; si bien en el último de los preceptos se proteja, además, el principio de autoridad, requisito necesario e imprescindible para poder hablar de desobediencia.” (FJ 2)

De ello, según el Tribunal, se podía concluir que:

“[...] para que pueda aplicarse el artículo 380 será necesario que la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas venga acompañada de la existencia de signos externos que revelen la influencia del alcohol en la conducción cuya comprobación pretenden los agentes policiales. (En caso contrario, es decir, si la negativa no va acompañada de ningún signo externo revelador de la influencia de sustancias mencionadas en el artículo 379, dará lugar a una infracción administrativa artículos 12, 65 y 70 de la Ley de seguridad vial.)” (FJ 2)

Asimismo:

“[...] si dichos signos externos constituyen por sí solos prueba suficiente para acreditar la influencia del alcohol en la conducción, en cuyo supuesto la negativa a la práctica de la prueba de alcoholemia no puede integrar el delito de desobediencia previsto en el artículo que venimos examinando, pues en tal caso, dicha prueba deviene absolutamente innecesaria para comprobar o acreditar tal extremo.” (FJ 2)

Dicho esto, el Tribunal recordó que en virtud de dichos argumentos en otras ocasiones se había condenado al acusado correspondiente como responsable de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, “[...] en base a que las pruebas existentes –prescindiendo de la alcoholemia– son más que suficientes para destruir el principio de presunción de inocencia, es obligado excluir el delito de desobediencia.” (FJ 2)

Por su parte, el Tribunal recordó que el Tribunal Constitucional ha declarado en alguna sentencia, en relación con el artículo 380 del CP, que:

“[...] el artículo 380 del CP, con independencia de que también pueda proteger el llamado principio de autoridad, fundamentalmente está destinado a proteger la seguridad del tráfico.”

Por ello, el Tribunal consideró necesario estudiar “[...] si la aplicación simultánea de dichos preceptos es ajustada a derecho o infringe el principio *non bis in idem*” (FJ 2).

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“a) Tanto el artículo 379 como el artículo 380 del Código penal protegen la seguridad del tráfico.

“b) En los hechos descritos y objeto de acusación solamente se ha puesto en peligro la seguridad del tráfico en una ocasión.”

Dicho lo anterior, el Tribunal indicó que:

“[...] una vez que hemos llegado a la conclusión de que los artículos 379 y 380 del Código penal protegen el bien jurídico de la seguridad del tráfico, sin perjuicio de que, además, y de forma secundaria, el artículo 380 también proteja el principio de auto-

ridad, y por otro lado también hemos concluido que en los hechos objeto de acusación sólo se infringió en una ocasión la seguridad del tráfico, no cabe duda de que la condena por ambos delitos supone una clara vulneración del principio *non bis in idem*.” (FJ 2)

Como señaló el Tribunal, dicho criterio se podía apreciar en varias sentencias del Tribunal Constitucional, en las que se ha declarado que:

“[...] el apreciado concurso de leyes o de normas se resuelve aplicando prevalentemente el artículo 380 del Código penal, en aras del criterio de la consunción, consagrado por su artículo 8.3. La solución, sin embargo, produce resultados un tanto desconcertantes. Aun cuando se haya probado por otros medios el delito de conducción bajo influencia de sustancias psicoactivas, la opción por el artículo 380 impediría (al no estar legalmente prevista la combinación punitiva) la imposición de la pena de privación temporal del permiso de conducir (salvo que se disponga como pena accesoria, al amparo del artículo 56 del Código penal) y abriría el camino a la posible apreciación e una atenuación de la responsabilidad (y aun a su exención) por intoxicación aguda.” (FJ 2)

Por su parte, el Tribunal señaló que:

“[...] el artículo 370 del Código penal es el punto de referencia del presupuesto de aplicación del artículo 380, a saber, la investigación [...] del delito tipificada por aquél. De ahí que los modelos (o hipótesis) de hecho de uno y otro delitos sólo coincidan en una parte poco significativa: la conducción de un vehículo de motor o de un ciclomotor por una persona, bajo la influencia (probada, en el primer caso, y sospechada, en el segundo) de una sustancia psicoactiva.” (FJ 2)

Por tanto:

“[...] estructuralmente [...] los tipos respectivos de ambos delitos constituyen ‘conjuntos diferentes’, ni totalmente coincidentes ni disjuntos, sino intersectantes, porque ambos comparten algunos elementos de sus respectivas estructuras” (FJ 2)

Por ello, el Tribunal entendió que:

“Las patentes diferencias entre tipos sugieren que la relación entre tipos sugieren que la relación que media entre ellos ha de calificarse como de concurso real, sin que, por ello, pueda alegarse la violación del principio *non bis in idem*, [...] ya que se trata de hechos distintos sucesivos, aunque relacionados profundamente entre sí.” (FJ 2)

Además, el Tribunal indicó que:

“Ocurre, [...] que desde el punto de vista político-criminal, uno de ellos (el descrito por el artículo 380) de encuentre en relación funcional o instrumental respecto del otro, el tipificado penado por el artículo 379. (FJ 2)

“[...] el comportamiento peligroso forma parte de la estructura de la infracción penal culposa. Añade, pues, al tipo de delito de riesgo algo más, a saber, la causación del daño, y, por lo mismo, ha de considerarse “especial” y de preferente aplicación respecto de aquél, en concurso (aparente) de normas, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 8.1 del Código penal.” (FJ 2)

Finalmente, el Tribunal declaró que:

“[...] falla el razonamiento que concluye que la aplicación del artículo 380 no será posible en caso de que, pese al rechazo de la comprobación, se haya probado la comisión del delito tipificado y penado por el artículo 379. En el primer precepto no se contiene una condición objetiva de punibilidad como la que entraña semejante interpretación. El artículo 380 describe un tipo de mera actividad, que hace abstracción del buen o mal éxito de la conducta obstructiva del conductor investigado, y de ahí deriva su extraordinaria (y, para muchos, criticable) potencia coercitiva. El conductor desobediente ya será castigado sólo por eso. Si, además, su desobediencia no consigue evitar la prueba del delito primero, también sufrirá la pena a él correspondiente.” (FJ 2)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal entendió que:

“Al margen de la opinión particular que pueda merecer el tratamiento legislativo de estos conflictos, una vez que el Tribunal Constitucional no encontró objeciones de inconstitucionalidad, no queda sino aplicar cumulativamente los artículos 379 y 380 del Código penal.” (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto, con imposición de costas a la parte recurrente.

Audiencia Provincial de Cáceres. Delitos sobre la ordenación del territorio. Construcción de viviendas en zonas consideradas de especial protección. Responsabilidad penal de los particulares adquirentes de los terrenos

SUPUESTO DE HECHO

El Ministerio Fiscal interpuso a instancias de varias organizaciones ecologistas denuncia contra treinta y cinco personas como autores de delitos contra la ordenación del territorio por la construcción de viviendas en zona considerada de especial protección. Los propietarios mencionados habían venido construyendo en las mencionadas parcelas construcciones de diversa índole.

Un juzgado de instrucción de Cáceres acordó la continuación de las diligencias previas y denegar el archivo solicitado. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Cáceres estimó el recurso y decretó el sobreseimiento de las actuaciones al no ser los hechos constitutivos de un delito sobre la ordenación del territorio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La defensa de los acusados solicitaba el sobreseimiento de la causa por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, alegando al respecto la existencia de un error de prohibición, en tanto en cuanto “[...] ninguno de los distintos compradores de parcelas que edificaron de una u otra forma ‘sabían, ni podrían, ni estaban en el deber de conocerlo, que lo que estaban llevando a cabo sin la correspondiente licencia les ponía en un tris de verse sujetos a una imputación como la presente’”.

Sin embargo, al respecto la Audiencia advirtió que:

“[...] basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente.” (FJ 2)

En este sentido, la Audiencia advirtió que:

“De lo que se trata, por tanto, no es de analizar si los encausados eran conscientes de estar vulnerando el artículo 319 del Código penal [...] sino de constatar que todos ellos eran conscientes de que estaban actuando de forma ilícita, y eso es algo que reconocen en sus declaraciones y que se admite expresamente en el escrito de solicitud de sobreseimiento al decirse ‘la mayoría de ellos sabía o al menos intuía que construir en aquel terreno sin licencia podría acarrearles una sanción administrativa’.” (FJ 2)

Así, en el caso estudiado, la Audiencia entendió que:

“[...] asumieron una construcción ilícita en la esperanza [...] de que algún día el Ayuntamiento legalizara su situación urbanística (o al menos consolidaran su edificación al pasar el tiempo de poder derribársela) y esa conciencia de la ilicitud de su actuación, independientemente de que pensarán que podría acarrearles multa, demolición, cárcel o inhabilitación, descarta la aplicabilidad del error de prohibición.” (FJ 2)

En consecuencia, la Audiencia desestimó la solicitud de sobreseimiento.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre delito de conducción etílica en concurso con delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, ver las siguientes sentencias: STS de 9 de diciembre de 1999 (Aranzadi 1999/8576); STC de 2 de octubre de 1997 (Aranzadi 1997/161); SAP de Salamanca de 19 de enero de 2001 (Aranzadi 2001/126); SAP de Almería de 22 de junio de 1998 (Aranzadi 1998/2792), y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de diciembre de 2000 (Aranzadi 2000/2668).

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Cáceres.

Sección Segunda. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 217/2004

RESOLUCIÓN: 128/2004

FECHA: 27 de julio de 2004

PONENTE: Ilmo. Sr. Valentín Pérez Aparicio

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 319 del Código penal

DOCTRINA: Delitos sobre la ordenación del territorio. Construcción de viviendas en zonas consideradas de especial protección. Responsabilidad penal de los particulares adquirentes de los terrenos (FJ 2, 3, 5, 6, 8, 9 y 10)

A continuación, la Audiencia se centró en analizar los elementos del tipo. Al respecto, en primer lugar advirtió que:

“Las ZEPA no son espacios naturales protegidos conforme a la normativa interna (Ley 8/1998), siendo una figura de creación comunitaria (Directiva 79/409/CEE) cuyo desarrollo no se ha completado, y abarcan amplias zonas en las que ya inicialmente se incluía desde terreno no urbanizable hasta terreno urbano [...]” (FJ 3)

Asimismo, la Audiencia señaló que:

“[...] la razón por la que se solicitó la declaración _es decir, la vulnerabilidad por la que necesitaban protección las aves en esa zona_ no era por la edificación en terrenos rurales sino [...] para su reconocimiento como tal ZEPA, ‘tendidos eléctricos y alambradas’ y ‘tratamientos químicos contra la langosta’.” (FJ 3)

Dicho lo anterior, la Audiencia advirtió que:

“La ‘especial protección’ a que se refiere el artículo 319.1 debe tener alguna relación con la edificación, y podría ser que en nuestro caso la futura normativa que regule la ZEPA [...] adopte medidas en relación con la protección de las aves que nada tengan que ver con la edificación, por lo que pese a tratarse de un “espacio protegido” quedaríamos fuera del tipo penal agravado.” (FJ 3)

Sentado lo anterior, el Tribunal se centró en la tipicidad de los hechos, esto es, en determinar si los acusados podían llegar a ser considerados como autores de un delito contra la ordenación del territorio.

Al respecto, la Audiencia indicó que, si bien “No cabe duda de que la actuación de los denunciados es ilícita [...] eso no significa que sean merecedores de una sanción penal. (FJ 4).

Al respecto, la Audiencia advirtió que:

“[...] el precepto no castiga a cualquiera sino que limita la descripción de los autores a los promotores, constructores o

técnicos directores que lleven a cabo la construcción no autorizada.”

En este sentido, la Audiencia señaló que:

“Esta descripción ha motivado una ardua polémica sobre si nos encontramos ante un delito de los denominados de propia mano, es decir, un delito que sólo puede ser cometido por las personas que reúnan las condiciones definidas en el mismo, y si en el concepto de promotor cabe cualquier propietario de una parcela que construye por su cuenta, o sólo los promotores propiamente dichos y entendidos como profesionales.” (FJ 4)

Sobre esta cuestión, la Audiencia se remitió a lo declarado por la jurisprudencia de las audiencias provinciales al respecto, de la que advirtió que:

“[...] se mantiene dividida sobre esta cuestión, aunque el número de resoluciones que se inclina por la necesidad de exigir cierta profesionalidad a los agentes de la edificación para poder ser sujetos del delito es notablemente superior al de las que consideran que cualquiera que edifica puede ser condenado.” (FJ 5)

En concreto, la Audiencia hizo especial referencia a una sentencia en la que se advertía que:

“La indeterminación del texto legal propicia lecturas de distinto signo sin posibilidad de hallar una actividad unificadora dado que no existe acceso casacional.” (FJ 4)

Dicho esto, la Audiencia advirtió que:

“[...] si aceptásemos la tesis contraria estaríamos haciendo una interpretación extensiva o *in malam partem* radicalmente prohibida en materia penal. Muy sensatamente las audiencias de Málaga y Almería afirman que basta con la existencia de una duda para que no pueda interpretarse en perjuicio del reo.” (FJ 5)

A continuación, la Audiencia señaló que:

“[...] los aludidos conceptos de promotor y constructor ya vienen perfilados en disposiciones administrativas y en concreto en el artículo 9 de la Ley de ordenación de edificación que adoptan un sentido amplio. Pero también parece claro que los jueces no están obligados a interpretar el artículo 319 conforme a lo dispuesto en una determinada norma administrativa, pues este artículo no contiene una remisión a textos legales cerrados, y los conceptos que nos ocupan ni son de naturaleza administrativa ni tienen carácter de normativa por lo que pueden ser interpretados autónomamente por el juez penal aunque con el criterio restrictivo propio del derecho punitivo.” (FJ 5)

Asimismo, la Audiencia advirtió que:

“No nos hallamos, conforme al tenor literal del núm. 2 del artículo 319 [...] ante una normativa en forma de norma penal en blanco, ya que a la hora de incrustar los conceptos en el tipo, el legislador no se ha remitido expresamente a la correspondiente normativa administrativo-urbanística de la materia, por lo que en realidad nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados cuya interpretación y concreción corresponde al libre criterio del juez penal en cada caso concreto.” (FJ 5)

En cuanto al Tribunal Supremo, la Audiencia recordó que éste ha declarado que:

“[...] la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación.” (FJ 6)

En cuanto a la doctrina, el Tribunal destacó la práctica unanimidad en el sentido de interpretar que:

“[...] la consideración del delito urbanístico como delito especial de propia mano que sólo pueden cometer determinados profesionales [...]” (FJ 8)

En virtud de lo expuesto, la Audiencia llegó a la siguiente conclusión:

“[...] siguiendo la doctrina mayoritaria, entiende que el delito urbanístico del artículo 319 no castiga ‘a todo aquel que realice

una construcción no autorizada’ en suelo protegido (apartado primero) o simplemente no urbanizable (apartado segundo) sino a aquel que, perteneciendo a una de las categorías profesionales exigidas por el tipo penal (‘promotor, constructor o técnico director’), cometa la infracción urbanística descrita (‘llevar a cabo una construcción no autorizada’, ‘llevar a cabo una edificación no autorizable’) en terreno protegido o en terreno no urbanizable.” (FJ 9)

De todos modos, el Tribunal advirtió que:

“Sin embargo, parece claro también que en el nacimiento de una urbanización ilegal en terreno no urbanizable como la que nos ocupa sí es posible encontrar profesionales responsables criminales del indudable atentado contra la ordenación del territorio que constituye la aparición de esta urbanización, y de tantas otras que vemos surgir recientemente. Contra éstos profesionales sí debe seguirse la instrucción penal.” (FJ 10)

“Así, es posible que encontremos a promotores inmobiliarios [...] que, buscando un importante beneficio económico y con desprecio de las normas urbanísticas y agrarias, dividen un terreno rústico no urbanizable en parcelas que, por su tamaño, son inútiles para cualquier finalidad agropecuaria, y útiles tan sólo como parcelas de recreo, promotores inmobiliarios que urbanizan el terreno (diseñando viales e incluso infraestructuras sanitarias, parcelando, etc.) para luego enajenar las parcelas resultantes (normalmente, y dada la indivisibilidad legal del terreno, mediante documentos privados o como cuotas de participación sobre la finca matriz a las que se asocia el uso exclusivo de la parcela en cuestión) y lucrarse con ello.” (FJ 10)

Asimismo:

“También es posible que encontremos profesionales de la arquitectura o la ingeniería que realicen para los adquirentes de las parcelas proyectos técnicos de edificación, quizás elementales y sin cumplir requisitos formales o corporativos dada la no edificabilidad del terreno al que se refieren, pero que sirven al propietario para realizar una construcción habitable y segura. Igualmente es probable encontrar profesionales de la construcción que, despreciando la naturaleza jurídica del terreno para el que se les contrata, realizan la edificación.” (FJ 10)

En relación con la responsabilidad del comprador de la parcela, la Audiencia indicó que:

“También es indudable responsable el comprador de la parcela que encarga la construcción o la realiza por sus propias manos, pero la sanción de éste queda limitada por el legislador a la administrativa, junto con la inevitable consecuencia de restaurar el orden urbanístico quebrado demoliendo su construcción.” (FJ 11)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso y decretó el sobreseimiento de las actuaciones, al no ser los hechos denunciados constitutivos del delito del artículo 319 del CP, debiendo continuar la instrucción a fin de determinar la existencia de delito urbanístico así como la intervención en el mismo de personas en las que concurren los elementos delimitadores del sujeto activo de dicho precepto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

A favor de la tesis del delito de propia mano que sólo pueden cometer promotores profesionales (tesis restrictiva), ver las siguientes sentencias: SAP de Cádiz (Sección Segunda) de 30 de junio de 2003 [rec. 30/2003 (Aranzadi 2003/223355), presidente: De la Hera Oca]; SAP de Alicante (Sección Séptima) de 12 de junio de 2003 [núm. 321/2003 (Aranzadi 2003/168022), presidente: Gil Muñoz]; SAP de Cádiz (Sección Quinta) de 28 de mayo de 2003 [rec. 19/2003 (Aranzadi 2003/189333), presidente: Ercilla Labarta]; SAP de Zaragoza (Sección Tercera) de 14 de mayo de 2003 [núm. 144/2003, rec. 35/2003, presidente: Rodríguez de Vicente Tutor]; SAP de Almería (Sección Primera) de 4 de marzo

de 2003 [núm. 23/2003, rec. 41/2003 (Aranzadi 2003/382). presidente: Poveda Peñas]; SAP de Córdoba (Sección Segunda), Auto de 27 de febrero de 2003 [núm. 42/2003, rec. 39/2003 (Aranzadi 2003/517), presidente: Berdugo y Gómez de la Torre]; SAP de Cádiz (Sección Octava) Auto de 19 de febrero de 2003 [núm. 17/2003, rec. 20/2003 (Aranzadi 2003/157453), presidente: Rodríguez Bermúdez de Castro]; SAP de Cádiz (Sección Segunda) Sentencia de 22 de enero (Aranzadi 2003/121608), y SAP de Cádiz de 30 de enero de 2003 (Aranzadi 2003/128548); STS de 14 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/3905).

Declarando que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación, ver la siguiente sentencia: STS de 26 de junio de 2001 (Aranzadi 2002/4521).

E) Jurisdicción civil

Tribunal Supremo. Indemnización por daños y perjuicios. Dejación de las funciones de policía al permitir la subsistencia de un peligro palpable

SUPUESTO DE HECHO

Los padres de un niño que murió al caer en un pozo séptico dentro de un edificio cuyas obras estaban paralizadas demandaron al promotor-constructor de dicho edificio, al Ayuntamiento de Abadío, donde se encontraba el mencionado edificio, y a su aseguradora de responsabilidad civil y al arquitecto autor del proyecto. Éstos fueron condenados a indemnizar a los demandantes en 16.000.000 pesetas. Dicha condena fue confirmada íntegramente en apelación.

El Ayuntamiento y la compañía aseguradora mencionada, así como el arquitecto superior, formularon recurso de casación. El Tribunal Supremo desestimó el de los dos primeros y estimó el del arquitecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la responsabilidad por culpa o negligencia propias, el Ayuntamiento alegaba que éste había agotado la diligencia que le era exigible toda vez que, al tener noticias del estado de abandono del edificio un año antes del suceso había requerido al promotor-constructor para que restableciera la seguridad en la obra, encontrándose con una desobediencia sistemática del mismo. Sin embargo, el Tribunal consideró que el Ayuntamiento no agotó la diligencia que le era exigible, por cuanto "hizo dejación de sus funciones de policía al permitir la subsistencia de un peligro palpable y manifiesto para los vecinos, y buena prueba de ello es el inmediato ejercicio de esas funciones nada más producirse el suceso" (FJ 3).

Por ello, el Tribunal entendía que:

"Se está, en consecuencia, ante uno más de tantos casos en que un ayuntamiento no adopta las medidas oportunas para la protección de sus vecinos hasta que tiene lugar una desgracia, por más anunciada que ésta fuera, y en los que por tanto se le declara responsable civil [...]" (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal desestimó los recursos interpuestos por el Ayuntamiento y la aseguradora.

Por el contrario, estimó el recurso interpuesto por el arquitecto encargado de la obra, quien en su momento había ordenado la adopción de todas las medidas necesarias para cerrar la obra después de su paralización. Éste alegaba que no le correspondía la vigilancia directa e inmediata del cumplimiento de las obras y menos cuando la obra fue abandonada por el promotor-constructor durante años sin comunicarle el progresivo

Sosteniendo que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito sobre la base de que el bien jurídico es quebrantable tanto por los profesionales como por los que no lo sean (tesis extensiva): SAP de Alicante de 27 de diciembre de 1999; SAP de Alicante de 7 de marzo de 2000; SAP de A Coruña de 26 de abril de 2000 (Aranzadi 2000/3133); SAP de A Coruña de 15 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/152806); SAP de A Coruña de 6 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/176917); AP de Jaén de 11 de julio de 2001; SAP de Jaén de 4 de julio de 2000; SAP de 6 de junio de 2001 (Aranzadi 2001/227751); SAP de 4 de septiembre de 2000 (Aranzadi 2000/278636); SAP de 25 de mayo de 2001; SAP de Baleares de 24 de abril de 2000 y SAP de Baleares de 3 de noviembre de 2000 (JUR 2001, 28539), entre otras.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sección Primera.
Jurisdicción civil. Recurso de casación núm.
345/2003

RESOLUCIÓN: 12/2004

FECHA: 3 de mayo de 2004

PONENTE: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán

DOCTRINA: Indemnización por daños y perjuicios.
Dejación de las funciones de policía al permitir la
subsistencia de un peligro palpable (FJ 3 y 5)

deterioro de los cerramientos del edificio y la creciente facilidad de acceso a su interior.

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] la condena del arquitecto recurrente por la sentencia impugnada responde a una ampliación de los deberes profesionales de los arquitectos superiores tan exagerada que, en la práctica, se traduciría en su automática responsabilidad por cualquier hecho dañoso relacionado con la obra, incluso, como es el caso, con una obra paralizada durante años después de que el arquitecto hoy recurrente hubiera previsto tanto el sellado del pozo séptico en el que cayó el niño como el cerramiento del edificio. Cifrar su responsabilidad, como hace la sentencia impugnada, en que todavía no había liquidado sus servicios o en que no se cuidó de vigilar el estado del edificio durante los años en que la obra estuvo paralizada entraña una infracción del artículo 1902 del CC en su concreta aplicación a los arquitectos superiores según la jurisprudencia de esta sala y desconoce que, en buena lógica, a éstos no se les puede exigir la vigilancia constante y directa de una obra paralizada que en no pocas ocasiones estará localizada en población lejana de la de residencia del arquitecto." (FJ 5)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Declarando responsable civil a un Ayuntamiento: STS de 27 de septiembre de 1993 (Aranzadi 1993/6746); STS de 16 de julio (Aranzadi 2001/5229), y STS de 14 de diciembre de 2001 (Aranzadi 2001/9358).

Tribunal Supremo. Adquisición de aprovechamientos de aguas por prescripción de veinte años con anterioridad a la Ley de aguas de 1985

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Carcabuey interpuso demanda contra varias personas, solicitando que se declarara no haber lugar a seguir los demandados disfrutando del derecho a suministro gratuito, con cargo al servicio municipal de abastecimiento de agua por minuto o 5.760 litros diarios (los titulares de una paja de agua) o 2.880 litros diarios (los titulares de media paja de agua), negándose la vigencia actual de aquél derecho y declarando que por la naturaleza del negocio jurídico celebrado en 1927 y el carácter demanial del bien sobre el que se gravaba, nunca podía ser considerado como un derecho adquirido a perpetuidad, con expresa imposición de las costas a los demandados en cuanto se opusieran a la demanda. El juzgado de primera instancia correspondiente desestimó la demanda. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Córdoba estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocando la sentencia impugnada en el extremo de declarar que el derecho adquirido por los demandantes no lo era a perpetuidad sino en los términos que se fijaban en la mencionada resolución, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Posteriormente, el Ayuntamiento mencionado interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo, con imposición de costas a la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La cuestión litigiosa se centraba en el contenido y la duración del aprovechamiento de aguas litigioso que, según el Tribunal, consistía en “una modalidad de concesión administrativa que previene la Ley de aguas de 1879”. Al respecto, el Tribunal estuvo de acuerdo con la sentencia de instancia en que:

“[...] si bien la Ley del patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 prohibió las concesiones de dominio público por tiempo indefinido o por un plazo superior a noventa y nueve años, este período de tiempo, aun fijando su inicio en el año 1927, aún no habría transcurrido.” (FJ 2)

Asimismo, en relación con la duración, el Tribunal señaló que:

“Aun admitiendo [...] la aplicación del Derecho de 9 de junio de 1925, el límite temporal de veinte años habría finalizado en el año 1974, y desde esta fecha los titulares de las ‘pajas’ o medias ‘pajas’ de agua han continuado disfrutando del aprovechamiento de las mismas, por lo que serían de aplicación el artículo 409 del Código civil y el artículo 149 de la Ley de aguas de 13 de junio de 1879 reguladoras de la prescripción adquisitiva (‘El que durante veinte años hubiere disfrutado de un aprovechamiento de aguas públicas sin oposición de la autoridad o de tercero, continuará disfrutándolo aún cuando no pueda acreditar que obtuvo la oportuna autorización’).” (FJ 2)

En relación con el caso estudiado, el Tribunal indicó que:

“[...] en el caso que nos ocupa la prescripción operaría no sobre la propiedad de las aguas -cuya imprescriptibilidad no puede cuestionarse dada su carácter demanial y artículos 1 y 2 de la Ley de aguas- sino sobre el aprovechamiento y disfrute de las mismas en la cantidad y forma en que se determinó el acuerdo de 1,27, con su puesta en la casa en el lugar indicado por el propietario, aprovechamiento cuya adquisición por prescripción está expresamente prevista en los preceptos antes indicados y es admitido por la jurisprudencia [...]” (FJ 2)

A continuación, el Tribunal analizó si se había producido una infracción de los artículos 132.1 de la CE, 65 del Reglamento hipotecario en relación con la disposición transitoria 1, apartado 2, de la Ley de aguas de 1985, así como de la jurisprudencia que los interpreta.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sección Primera.
Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 1169/1998

RESOLUCIÓN: 860/2004

FECHA: 20 de julio de 2004

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 343, 344 y 407 del Código civil; artículo 65 del Decreto de 14 de febrero de 1947, Reglamento hipotecario, y artículos 50.2 y disposición transitoria 1.2 de la Ley de aguas de 1985

PONENTE: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

DOCTRINA: Adquisición de aprovechamientos de aguas por prescripción de veinte años con anterioridad a la Ley de aguas de 1985 (FJ 2 y 3)

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Es cierto que, según el actual artículo 50.2 de la Ley de aguas de 1985, ‘No podrá adquirirse por prescripción el derecho de uso privativo del dominio público hidráulico’, por lo que debe entender derogado el artículo 409 del Código civil en lo que a la prescripción adquisitiva del aprovechamiento de aguas se refiere.” (FJ 3)

Sin embargo, el Tribunal aclaró que:

“Este radical cambio surge [...] eficacia de futuro, quedando pues impedida la adquisición por usucapión de tal derecho a partir de la entrada en vigor de la Ley de aguas.” (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal se centró en determinar “el problema del aprovechamiento de aguas públicas, según el código civil y la anterior Ley de aguas, que lo hayan adquirido por prescripción”.

Al respecto, el Tribunal aclaró que:

“[...] la disposición transitoria primera dispone que se conservarán los derechos inherentes a esas titularidades, pero convirtiendo tales derechos, que eran de duración indefinida (artículos 8 y 149 de la Ley de aguas anterior), limitación temporal, con un plazo máximo de setenta y cinco años a partir del 1 de enero de 1986.” (FJ 3)

Al respecto, señaló que:

“[...] se trata de una regulación del contenido de aquellos derechos, que debe merecer un juicio favorable, por cuanto a diferencia del derecho de propiedad privada, no sujeto por esencia al límite temporal alguno conforme a su configuración jurídica general, es ajena al contenido esencial de los derechos individuales sobre bienes de dominio público, su condición de derecho a perpetuidad o por plazo superior al máximo que determine la ley.”

Dicho esto, y entrando en el caso estudiado, el Tribunal declaró que:

“[...] no habiendo transcurrido tampoco el plazo de setenta y cinco años desde la entrada en vigor de la Ley de aguas de 1985, la prescripción ganada debe continuar surtiendo sus efectos no siendo obstáculo, a juicio de la sala, las previsiones de la misma disposición transitoria 1, apartado 2, en cuanto requiere que la prescripción sea ‘acreditada’, acreditación que se refiere a la inscripción del aprovechamiento en el Registro de la Propiedad por el cauce del artículo 65 del Reglamento hipotecario que regula la tramitación de la pertinente acta de notoriedad, en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la ley. En efecto, hasta el

1 de enero de 1989, la disposición transitoria favoreció la legalización de los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción de veinte años, mediante la inscripción en el Registro de Aguas de la correspondiente acta de notoriedad tramitada con los requisitos de la legislación notarial e hipotecaria. El incentivo para la inscripción del acta acreditativa de la prescripción veintenial ha sido la exención de impuestos, tasas, cánones y arbitrios, y, como es lógico también estos aprovechamientos se prolongarán por un plazo de setenta y cinco años contados desde la entrada en vigor de la ley, sin perjuicio de que la Administración ajuste el caudal el aprovechamiento a las

necesidades reales. Pero dado que la inscripción, aún siendo obligatoria, no es constitutiva, sino meramente declarativa, no puede deducirse de esta disposición transitoria que los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción de veinte años antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Aguas, pero no inscritos antes del 1 de enero de 1989, no puedan ser acreditados e inscritos después de esta fecha.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal desestimó los motivos de casación y declaró no haber lugar al recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Inmisiones y acción negatoria. Incidencia de las inmisiones industriales de una actividad preexistente en la propiedad vecina

SUPUESTO DE HECHO

Un instituto, una comunidad de vecinos y una inmobiliaria interpusieron una acción negatoria de inmisiones molestas insalubres contra los titulares de una granja de cerdos por los malos olores que emanaban de la misma. Los demandantes solicitaban la adopción de las medidas oportunas para evitar el perjuicio de los vecinos o, en el caso de que lo anterior no fuera posible, el cese definitivo de la actividad, solicitando asimismo que se fijara una data de cese de la actividad. La parte demandada alegó en su favor la existencia de las mencionadas instalaciones con anterioridad a la presencia de los demandantes en la zona, y que los permisos y autorizaciones correspondientes estaban en regla (se ha obtenido licencia municipal de actividades en 1969, siendo ésta calificada como molesta, insalubre y nociva), de modo que no era necesario regularizar ninguna situación.

Con anterioridad a la interposición de la demanda, el ayuntamiento en el que se hallaban las instalaciones había requerido a sus titulares para la adopción de ciertas medidas correctoras. Además de ello, y con la finalidad de solventar el problema de la salubridad de las referidas instalaciones, los terrenos en los que éstas se ubicaban se habían recalificado como urbanizables.

El juzgado de primera instancia de Pamplona correspondiente estimó la demanda, por entender que el cese de la actividad ganadera ejercida en la granja próxima a las viviendas de los actores con licencia administrativa no era competencia de la jurisdicción civil sino de la contencioso-administrativa. Asimismo, entre otros motivos, se alegaba que los demandantes no se hallaban incurso en abuso de derecho, al no quedar acreditado que se ejerciera la actividad ganadera con la única finalidad de causar mal a sus vecinos.

Dicha resolución fue confirmada en apelación, con imposición de las costas de la segunda instancia a la parte apelante.

Contra dicha resolución, los sujetos mencionados interpusieron recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo, con imposición a los demandados de las costas de la primera instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los demandantes invocaban la inaplicación de la Ley 367 del Fuero nuevo navarro, que establece límites específicos a la propiedad sobre los inmuebles cuya contravención facultaba al perjudicado por las inmisiones de su vecino para impedir la persistencia de las molestias e incomodidades padecidas mediante el ejercicio de una acción negatoria dirigida a obtener el cese de la actividad o del modo de ejercicio que las generara.

Al respecto, el Tribunal declaró que:

“La sentencia recurrida, como la de primera instancia, no aplica ni llega a tomar en consideración esta norma, ciertamente aplicable a las relaciones de vecindad entre propietarios y

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 50/2003

RESOLUCIÓN: 12/2004

FECHA: 3 de mayo de 2004

PONENTE: Ilmo. Sr. Francisco Javier Fernández Urzainqui

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Ley 367 del Fuero nuevo navarro

DOCTRINA: Inmisiones y acción negatoria. Incidencia de las inmisiones industriales de una actividad preexistente en la propiedad vecina (FJ 4, 5, 6, 7 y 8)

usuarios de predios radicados en Navarra (artículo 16.1, en relación con el artículo 10.1, del Código civil), dejando de este modo imprejuzgada la racionalidad del uso que provoca las perturbaciones denunciadas y la permanencia de sus inmisiones dentro de los límites de la tolerancia normal u ordinariamente debida por razón de vecindad.” (FJ 4)

A continuación, el Tribunal hizo referencia a la naturaleza de la normativa aplicable a la naturaleza de “los límites intrínsecos que asimismo se derivan del necesario respeto a los concurrentes derechos de goce y aprovechamiento de otras fincas vecinas por parte de sus dueños o usuarios”. Al respecto, éste indicó que:

“La definición de esos límites jurídicos en el goce de la propiedad inmobiliaria por razón de vecindad no pertenece al derecho público, sino al privado y, más en particular, en cuanto tales límites afectan al ejercicio del derecho de propiedad y se establecen en contemplación a otros derechos subjetivos, no solo de contenido económico-social sino también personal, como la salud o la intimidad.” (FJ 4)

A lo anterior, el Tribunal añadió que:

“Coexiste desde luego con la normativa civil propiamente vecinal una profusa regulación administrativa de usos y actividades desarrollada en consideración a los intereses generales, urbanísticos y medioambientales, que pueden verse comprometidos con ella. Sin embargo, tal como ha declarado con reiteración la jurisprudencia [...], ha de distinguirse lo relativo a la tutela preventiva de los intereses generales o públicos, de inequívoca naturaleza administrativa, de lo que atañe a la propiedad y a la tutela de los derechos subjetivos e intereses privados, de incuestionable carácter civil.” (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal hizo referencia a la regulación civil de las relaciones de vecindad en Navarra, indicando que:

“A diferencia del Código civil español, que [...] no contiene una norma general rectora de las relaciones de vecindad, el Fuero nuevo de Navarra la formula a modo de ‘principio general’, dentro del contexto de las ‘limitaciones de la propiedad’, proclamando en el párrafo primero de la Ley 367 que ‘los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgos a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad’.” (FJ 4)

Como señaló el Tribunal, según la Ley 367 del Fuero de Navarra:

“[...] la tolerancia debida por razón de vecindad presupone el uso lícito y razonable del derecho desencadenante de las inmisiones, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad.” (FJ 5)

Dicho lo anterior, el Tribunal analizó la licitud y la racionalidad del uso del derecho mencionado. En relación con su licitud, el Tribunal indicó que:

“Si bien es incuestionable la licitud administrativa de la actividad industrial ganadera ejercida por los demandados e irrevocable en este orden jurisdiccional civil la legalidad y regularidad de la licencia y del expediente que autorizó su establecimiento, por venir atribuida su revisión a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo [...] sí es civilmente enjuiciable –y ha sido enjuiciada en la instancia– la licitud de su ejercicio desde la óptica del interés jurídico que mueve al titular al desarrollo de una actividad evidentemente molesta para sus convecinos.” (FJ 5)

En este sentido, el Tribunal declaró que:

“Es [...] ilícito, por abusivo o contrario a las exigencias de la buena fe (Ley 17 del Fuero nuevo de Navarra) el desarrollo de una actividad, legal e incluso autorizada administrativamente y acorde a las prescripciones reglamentarias, sin utilidad apreciable para quien la ejerce, con el fin de causar perturbación o molestia a sus vecinos; lo que vendría a constituir un acto de emulación, hoy subsumible en la vertiente subjetiva del abuso del derecho.” (FJ 5)

En relación con la racionalidad del uso, el Tribunal señaló que:

“La racionalidad del ejercicio del derecho viene de entrada determinada por las necesidades de las fincas, que a su vez dependerán de su naturaleza y destino, esto es, de los usos de que son susceptibles o a que se dedican. Pero las necesidades a valorar no son sólo las de la finca generadora de las inmisiones, en contraste con las que son comunes u ordinarias en otras de su mismo aprovechamiento, sino también las de la finca o fincas que las padecen.” (FJ 5)

En relación con el derecho navarro al respecto, el Tribunal señaló que:

“Para la apreciación de la racionalidad en el ejercicio del derecho se remite asimismo la Ley al ‘uso del lugar’ [...] en cuanto manifestación de la llamada teoría del ‘uso normal’ o de la ‘normalidad del uso’, que reputa tal aquel cuyas inmisiones no sean, por su naturaleza e intensidad, superiores a las usuales del entorno que las padece.” (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

“Lo relevante es la realidad actual de la zona en que se hallan y los usos o actividades a que aparecen destinadas [...]. Conforme al vigente planeamiento municipal, la granja se halla emplazada en suelo ‘urbanizable’, constituyendo un ‘edificio fuera de ordenación’. Pero sobre esta constatación, indicativa [...] del destino de las fincas de la zona, la realidad reflejada en los planos catastrales muestra que la expansión del núcleo urbano de Puente de la Reina ha situado en las inmediaciones de la granja [...] no ya sólo algunas casas aisladas, sino grupos de

viviendas habitadas, un centro educativo-residencial privado y otro educativo público que, en su proximidad, padecen sus inmisiones.” (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

“No aparece acreditado en autos que esa proximidad y cercanía a edificaciones habitadas sea apreciable en otras instalaciones pecuarias de la zona y aun del municipio en que se ubica o que inmisiones semejantes a las que padece aquélla sean comunes en otros puntos que permitan estimar que la actividad industrial allí desarrollada se atenga en su ejercicio a los usos del lugar.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal advirtió que:

“[...] la granja de los demandados no cumple las distancias mínimas que, conforme al artículo 8 del Decreto foral 188/1986, de 24 de julio (LNA 1986, 2475), habría de cumplir una explotación pecuaria de nueva implantación [...] sus instalaciones tampoco cumplen todas condiciones higiénico-sanitarias de que, no obstante su preexistencia, debía hallarse dotada la explotación, a tenor de lo dispuesto en el citado decreto foral y en el Real decreto 324/2000, de 3 de marzo, para evitar molestias graves e insalubridad en su entorno.” (FJ 5)

Por ello, en relación con la racionalidad del uso el Tribunal entendió que:

“[...] las instalaciones de la explotación no se adecuan a las que, en consideración al carácter molesto e insalubre de la actividad, le son reglamentariamente exigibles desde 1986 y las condiciones de su ejercicio tampoco consta agoten las medidas técnicamente aconsejadas para la minimización de sus olores en el entorno y la neutralización de los riesgos que su insalubridad comporta. En tales circunstancias, no puede en rigor afirmarse que la actividad pecuaria ejercida por los demandados en su finca constituya un uso razonable de su derecho de propiedad y de las facultades de explotación económica inherentes al mismo. Su racionalidad pasa cuando menos por la introducción de las medidas correctoras que neutralicen o reduzcan sus riesgos e incomodidades a límites tolerables o asumibles en una común percepción actual de la habitabilidad.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal entró a analizar la prioridad del uso del demandado, al haberse instalado con anterioridad a los demandantes.

Al respecto, el Tribunal aclaró que:

“La preexistencia de una instalación no define, sin embargo, a perpetuidad el uso de la zona, ni alcanza a imponer a quienes accedan con posterioridad al lugar o su entorno la tolerancia de las inmisiones que siempre ha generado.”

Sobre este punto, el Tribunal hizo referencia a la jurisprudencia al respecto y advirtió que:

“La aplicación de la prioridad en el uso de las relaciones de vecindad y las inmisiones impondría a los propietarios de las fincas del entorno una permanente limitación en el disfrute de sus propiedades, despojándoles de ciertas utilidades sin la debida compensación; impediría el desarrollo –en particular urbano– de las áreas o zonas afectadas por las inmisiones de los usos primeramente establecidos, y privaría a los vecinos del derecho a exigir el cese a la corrección de inmisiones susceptibles de eliminación o educción por la sola razón de su preexistencia.” (FJ 5)

Á lo anterior, el Tribunal añadió que:

“[...] difícilmente podía sustraerse a una elemental previsión de futuro la proyección y expansión del núcleo urbano hacia el paraje en que se ubicaba el establecimiento y la progresiva e inevitable absorción de su emplazamiento en él, con la consiguiente generalización del uso residencial y dotacional del lugar.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal se centró en la realidad y la entidad de las inmisiones y su incidencia domiciliaria. Al respecto, éste señaló que:

“La proyección exterior de estos olores constituyen técnicamente ‘inmisiones’ en la esfera jurídica ajena, esto es: injerencias derivadas de una actividad que, aun ejercida en su propia finca por el dueño o poseedor, proyecta sus efectos fuera de los límites espaciales de la misma, originando la propagación o introducción natural de sustancias, elementos o fuerzas incorpóreas en fincas vecinas, con incidencia negativa en el goce pacífico y útil de sus dueños o poseedores.” (FJ 6)

Dicho esto, el Tribunal estudió si “las perturbaciones o ‘incomodidades’ que origina sobrepasan por su entidad las que se habrían producido en el uso o ejercicio razonable de su derecho a la propiedad y a la libertad de empresa, y justifican la adopción de las medidas de cesación instadas en la demanda” (FJ 6).

Al respecto, el Tribunal advirtió que:

“[...] no se está ante un conflicto de intereses exclusiva o esencialmente económicos entre distintas formas de uso de la propiedad inmobiliaria y de aprovechamiento de sus varias utilidades y recursos [...]. Están [...] en juego, no sólo el valor y rendimiento económico de sus propiedades inmobiliarias, sino también, y por encima de él, otros valores vinculados al destino residencial de la zona, como la salubridad del entorno, la habitabilidad de las viviendas y el sosiego y bienestar de sus moradores.” (FJ 6)

A continuación, el Tribunal se refirió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuya virtud:

“a) aun sin poner en grave peligro la salud, ciertas agresiones graves al medio ambiente —en sus casos, por la inmisión de ruidos, fuertes olores y gases tóxicos— pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar; y b) que constituye violación del artículo 8 del Convenio de Roma de 1950, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, la falta de adopción por las autoridades nacionales de las medidas necesarias para asegurar la protección de tales derechos frente a las inmisiones constatadas.” (FJ 6)

Por su parte, el Tribunal recordó que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de abril de 2003:

“[...] tras repasar la evolución del tratamiento dispensado en la tradición jurídica a las inmisiones molestas, declara que, a raíz del reconocimiento constitucional de derechos fundamentales, con tutela jurídica reforzada, ‘se abre paso con gran empuje la tendencia doctrinal y jurisprudencial a considerar estas inmisiones gravemente nocivas, cuando afectan a la persona, en relación con su sede o domicilio, atentados o agravios inconstitucionales a su derecho a la intimidad perturbado por estas intrusiones’, para señalar que el derecho a la intimidad ‘ha cobrado una mayor dimensión, que espiritualiza su finalidad, relacionándolo con el derecho a la personalidad, que debe ser protegido de cualquier injerencia o inmisión que pueda perturbarlo, expresamente dentro del recinto domiciliario’.” (FJ 6)

Dicho esto, y en relación con el caso estudiado, el Tribunal declaró que:

“[...] la inmisión de olores procedentes de la granja y la proliferación de insectos favorecida por sus residuos vienen produciendo en los propietarios y usuarios de las fincas próximas, y en particular a los demandantes, molestias e incomodidades que, por su prolongación y persistencia en el tiempo, por el alto número de sujetos afectados, por la intensidad —aun variable— de sus efectos y, sobre todo, por las limitaciones que comportan en el uso y disfrute de los espacios exteriores y aun de los interiores de viviendas y establecimientos cercanos, con menoscabo de la intimidad, el bienestar, el sosiego y la calidad de vida comúnmente exigibles en el ámbito domiciliario, exceden de las que el uso razonable del derecho de los demandados obligaría a tolerar por razón de vecindad.” (FJ 6)

Finalmente, en relación con la competencia del orden jurisdiccional civil en relación con la acción negatoria y las medidas instadas en ella, el Tribunal indicó que:

“El objeto principal de esta acción es la eliminación o cesación de las inmisiones que sobrepasan los límites de la tolerancia debida por razón de vecindad y la abstención de su sucesiva producción, si bien el cese ha de entenderse prioritariamente referido a las propias inmisiones, a fin de suprimirlas y reconducirlas a los límites de tolerancia, mediante la adopción de las oportunas medidas correctoras, y sólo de manera residual, a la actividad que las genera, para el caso de no adoptarse las medidas precisas o revelarse su aplicación inoperante o incapaz de contenerlas.” (FJ 7)

En cuanto a la competencia del orden jurisdiccional civil en el enjuiciamiento de una actividad industrial ejercida con la oportuna licencia administrativa y sujeta al desarrollo a la normativa administrativa y al control de la Administración, el Tribunal aclaró que ninguna de las circunstancias que enumeró suponía un “obstáculo al conocimiento de las pretensiones deducidas en la demanda” (FJ 7).

Al respecto, el Tribunal declaró que:

“[...] la autorización administrativa de la actividad no excluye por sí sola la competencia de este orden jurisdiccional para el conocimiento de las acciones civiles ejercitadas por terceros en defensa de la propiedad y de los demás derechos subjetivos afectados por las inmisiones que genera.” (FJ 7)

Asimismo, éste apuntó como una de las circunstancias mencionadas:

“La regulación administrativa de la actividad industrial y de las condiciones técnicas para su desarrollo, porque, sobre ser obligada la distinción de lo que afecta a los intereses generales o públicos, de inequívoca naturaleza administrativa y lo que atañe a la propiedad privada y a su protección, de incuestionable carácter civil.” (FJ 7)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

“[...] las medidas protectoras que en esa consideración está autorizada a adoptar en el ámbito del Derecho administrativo no excluyen las que en el campo del Derecho civil pueden y deban acordarse cuando el ejercicio de la actividad perjudique o afecte a derechos subjetivos privados [...] aunque lo sea en una explotación acorde a las precauciones señaladas en los reglamentos.” (FJ 7)

Por tanto:

“La competencia de este orden jurisdiccional civil no se limita, como el escrito de impugnación del recurso apunta, a la indemnización de los daños y perjuicios causados por inmisiones —indemnización que en este proceso no se demanda—, sino que alcanza también a la imposición de las medidas conducentes a su plena cesación o reducción a límites tolerables.” (FJ 7)

Finalmente, el Tribunal indicó que, como había declarado el Tribunal Supremo:

“[...] las medidas que ha de adoptar la jurisdicción civil con *vis atractiva*, en la defensa de derechos privados y particulares, no queda en ocasiones agotada con medidas puramente cautelares, de prevención o corrección, sino que existen supuestos en los que la cesación del daño o perjuicio sólo se consigue con el cese o fin de la actividad, cual se desprende de una interpretación correcta de la jurisprudencia citada por la sala de instancia, y del principio de tutela judicial efectiva, que sólo se logra cuando el derecho cuya protección se solicita alcanza eficacia, y más en particular cuando establece que, pedida la paralización de la actividad y su abstención cara al futuro, si el órgano jurisdiccional civil considera que es la única forma de evitar la inmisión intolerable, actúa dentro del ámbito de su competencia al así ordenarlo.” (FJ 7)

Finalmente, el Tribunal entró en la posible corrección de las inmisiones y el subsidiario cese de la actividad inminente, declarando que:

"[...] procede [...] dar lugar a la misma y condenar a los demandados, con carácter principal, a la adopción de las medidas correctoras que impidan o reduzcan a límites de tolerancia las perturbaciones e incomodidades que sufren los vecinos por las inmisiones de la granja y, subsidiariamente, para el caso de no adoptarse o ser imposible o ineficaz tal corrección, al cese de la actividad ganadera que las genera." (FJ 8)

Sin embargo, el Tribunal advirtió que:

"La eventual falta de respuesta de esa Administración a las pretensiones de las demandados o la de un efectivo entendimiento entre ambos sobre su procedencia y adecuación no pueden prolongar por más tiempo la situación que los demandantes padecen, ni demorar hasta la consecución de un acuerdo satisfactorio para las dos partes la tutela civil de los derechos de terceros afectados por ella; tutela que aquí se dispensa sin perjuicio de las acciones que a los propietarios de la granja pudieran asistir frente a la repetida Administración." (FJ 8)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso de casación, casando, anulando y dejando sin efecto la sentencia impugnada y revocando la sentencia dictada en primera instancia, demanda que el Tribunal Supremo admitió, condenando a los demandados a la adopción en la granja porcina de su propiedad las medidas técnicas e higiénico-sanitarias que, en correspondencia con las deficiencias e insuficiencias detectadas, eliminasen o redujeran a límites objetivamente tolerables las inmisiones olorosas que producía la explotación en su entorno, condenándola al cese de la actividad en el caso de que en el transcurso de ocho meses no se adoptaran las medidas indicadas o las aplicadas fueran ineficaces, inoperantes o insuficientes a tal fin.

Audiencia Provincial de Castellón. Sometimiento de la Administración pública a las reglas de la competencia desleal

SUPUESTO DE HECHO

Una asociación deportiva denunció al Ayuntamiento de Vila-real, al que imputaba en su actuación como operador económico la oferta y prestación de cursos de gimnasia con acompañamiento musical y la puesta a disposición de los ciudadanos de aparatos de musculación y tonificación, que infringían la legislación de competencia desleal en cuanto que se ofertaban productos idénticos a los que el sector privado ofrecía con aprovechamiento del mercado, creado por los gimnasios privados, y estableciendo unas tarifas predatorias que perjudicaban a los competidores privados y que los demandantes entendían que llevarían a su indebida eliminación.

El juzgado de primera instancia correspondiente admitió la demanda, por entender que el Ayuntamiento mencionado había actuado en el mercado como verdadero operador económico con fines concurrenciales en la prestación de las actividades mencionadas y estimó la demanda por apreciar la existencia de competencia desleal por apreciar que el Ayuntamiento mencionado ofertaba con carácter general (y no exclusivamente para usuarios con escasa capacidad económica) los servicios de aeróbic y *fitness* a precios públicos sensiblemente inferiores a los establecidos por el sector privado. Según el juzgado mencionado, dicha práctica podría llevar a que en muchos municipios a un monopolio municipal y mercado cautivo, donde la libertad de empresa pasaría a ser un derecho sin contenido, generándose ventas a pérdidas sancionadas en los artículos 17.2.c) y 6 de la Ley de competencia desleal, por lo que se ordenó el cese del establecimiento municipal.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Señalando la coexistencia de la normativa civil propiamente vecinal con una regulación administrativa de usos y actividades: STS de 12 de diciembre de 1980 (Aranzadi 1980/4747) y STS de 16 de enero de 1989 (Aranzadi 1989/101).

Sobre la incidencia de las inmisiones vecinales en el derecho a la intimidad en el ámbito domiciliario, ver las siguientes sentencias: STEDH de 22 de mayo de 2003 (TEDH 2003/25); STEDH de 2 de octubre de 2001 (TEDH 2001/567); STEDH de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998/2); STEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3); STC de 23 de febrero de 2004 (Aranzadi 2004/16), y STC de 29 de mayo de 2001 (Aranzadi 2001/119).

Sobre la competencia de la jurisdicción civil, ver la siguiente sentencia: STS Madrid 29 abril 2003 (Aranzadi 2003/3041).

Sobre la prioridad en el uso, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/3041) y STS de 2 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/1003).

Sobre la competencia de la jurisdicción civil, ver las siguientes sentencias: STS de 18 de julio de 1997 (Aranzadi 1997/6019); STS de 30 de mayo de 1997 (Aranzadi 1997/4331); STS de 3 de diciembre de 1987 (Aranzadi 1987/9176); STS de 17 de marzo de 1981 (Aranzadi 1981/1009), y STS de 12 de diciembre de 1980 (Aranzadi 1980/4747).

Sobre el objeto y finalidad de la acción negatoria de inmisiones, ver la siguiente sentencia: STS de 30 de mayo de 1997 (Aranzadi 1997/4331).

Sobre la norma foral delimitadora de las relaciones vecinales, ver las siguientes sentencias: STS de 12 de diciembre de 1980 (Aranzadi 1980/4747); STSJ de Navarra de 3 de junio de 1997 (Aranzadi 1997/4900), y STSJ de Navarra de 22 enero 1993 (Aranzadi 1993/347).

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Castellón.
Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 273/2003
RESOLUCIÓN: 136/2004
FECHA: 15 de mayo de 2004
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 43.3 de la CE, y artículos 5, 15, 17.2.c), 18.1 y 18.2 de la Ley 3/1991, de competencia desleal (LCD)
PONENTE: Ilmo. Sr. Esteban Solaz Solaz
DOCTRINA: Sometimiento de la Administración pública a las reglas de la competencia desleal (FJ 2, 3 y 4)

El Ayuntamiento mencionado interpuso recurso de apelación contra la resolución mencionada, recurso que fue estimado por la Audiencia Provincial de Castellón, que desestimó la demanda interpuesta por la asociación deportiva y absolvió al Ayuntamiento, con imposición de costas de primera instancia a la parte reclamante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Audiencia Provincial analizó si se podía hablar de competencia desleal por ventas a pérdidas [artículo 17.2.c)]. En relación

con los requisitos necesarios para que se pueda hablar de competencia desleal, el Tribunal indicó que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo:

“Para que una actuación competitiva en el ámbito empresarial, que como hemos dicho es libre, pueda calificarse de desleal y, por tanto, prohibida, es preciso que el acto o comportamiento sea contrario a las exigencias de la buena fe o se halle en alguno de los supuestos previstos en los artículos 6 a 17 de la Ley 3/1991, se realice en el mercado y tenga una finalidad concurrencial, en el sentido exigido por el núm. 2 del artículo 2.” (FJ 2)

Asimismo, añadió que es necesario que:

“[...] acceda al mercado para colocar sus prestaciones u obtener la satisfacción de sus necesidades debe quedar sometido a la legislación contra la competencia desleal, sin que necesariamente deban ostentar la condición de operadores profesionales.” (FJ 2)

En cuanto a la Administración, el Tribunal indicó que:

“La Administración pública en general, y las corporaciones locales o ayuntamientos en particular, quedan igualmente sometidas al control de deslealtad concurrencia en cuanto desarrollen una propia actividad económica y en cuanto se procura bienes o servicios en el mercado como tal Administración.” (FJ 2)

A continuación, el Tribunal estudió si, como alegaba la Administración recurrente, se había producido la infracción, por indebida aplicación, del artículo 17.2.c) de la LCD, que sanciona las ventas realizadas bajo coste y practicadas con la finalidad de eliminar del mercado a uno o a varios competidores.

En relación con la venta a pérdida, el Tribunal advirtió que:

“[...] tal y como se desprende del propio artículo 17.1 de la LCD es, en principio, lícita [...]. Sólo excepcionalmente puede considerarse un acto de competencia desleal [...] si induce a error a los consumidores sobre el nivel de precios de las restantes prestaciones ofrecidas en el establecimiento, desprestigia los productos vendidos a pérdidas o la imagen de otros establecimientos o tiene una finalidad predatoria.” (FJ 3)

Analizando el caso enjuiciado, el Tribunal apreció que:

“Los precios fijados por el Ayuntamiento están por debajo de los costes totales y muy por debajo del precio de mercado, lo que nos lleva a calificar los mismos como de ventas a pérdidas.”

Sin embargo, dicho esto, el Tribunal aclaró que era necesario efectuar “la comprobación de que se inserta en una estrategia predatoria [...] y si se combina con otras medidas igualmente orientadas a expulsar o alejar del mercado a los competidores existentes o potenciales, [...] y [...] cabe razonablemente esperar una recuperación de costes tras la expulsión o alejamiento de los competidores” (FJ 3).

Al respecto, el Tribunal consideró probado que:

“[...] la verdadera finalidad de los precios rebajados por parte de la corporación local no es la predatoria sino que es otra bien distinta, atinente al interés público o los intereses generales en cuanto fomento de la salud y del deporte en general que justificaría una campaña publicitaria y una reducción de precios.” (FJ 3)

Asimismo, el Tribunal indicó que:

“[...] desde 1998 hasta el 2002 los gimnasios en la población han pasado de ser cinco a ser siete (F 543), sin que se haya reportado prueba alguna que justifique una disminución de ingresos o alumnos en los gimnasios privados a consecuencia de la prestación de las actividades de aeróbic y *fitness* por el Ayuntamiento de Vila-real, pues esta oferta pública de actividades deportivas responde al cumplimiento de una obligación legal por el municipio [artículos 43.3 de la CE y 26.1.c) de la LRRL], sin ánimo de lucro o de beneficio económico, ya que su facturación ha de hacerse con cargo a los presupuestos del

municipio sobre la totalidad de los servicios deportivos locales, lo que indica la irrealidad de una situación de competencia con los centros privados e induce a pensar que una eventual salida de éstos del mercado más perjudicaría que beneficiaría a la corporación local, que vería incrementadas las cargas derivadas de su obligación legal sin obtener ningún beneficio económico.” (FJ 3)

En cuanto a la posibilidad de que la situación denunciada pudiera suponer un monopolio, el Tribunal indicó que:

“[...] el Ayuntamiento de Vila-real ha venido ofreciendo y prestando cursos de aeróbic al menos desde el año 1992 [...] sin que en los once años transcurridos desde entonces se haya producido ese ‘monopolio municipal’ de esta actividad, que sigue reducida a unos quince grupos de veinticinco personas cada año y que afecta a 286 personas aproximadamente de una población que tiene Vila-real de 43.595, sin que en todo este período transcurrido se haya producido una ‘crisis’ económica de los gimnasios privados derivada de la prestación de cursos de aeróbic por el Ayuntamiento, circunstancia esta que, unida a las razones de interés general que obligan a la corporación local recurrente a ofertar aquellas modalidades deportivas más demandadas por la sociedad, impiden llegar a la presunción predatoria que se afirma en la resolución recurrida.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal analizó si la práctica municipal era contraria a las exigencias de la buena fe, lo que, según el artículo 5 de la LCD, supondría que se trataría de una práctica desleal. Al respecto, el Tribunal insistió en que:

“[...] no se aprecia cual puede ser ese ‘imperativo ético que la conciencia social exija’, cuyo desconocimiento permita calificar como contraria a la buena fe la conducta del Ayuntamiento de Vila-real que presta, de entre sus servicios deportivos municipales, las actividades de gimnasia con acompañamiento musical (aeróbic) y salas de aparatos de musculación y tonificación (*fitness*) siendo así que, presta un servicio público de fomento del deporte al que está obligado [artículos 43.3 de la CE y 26.1.c) de la LRRL] y aparte del reducido beneficio económico que tales conductas pueda reportarle, con ello se produce una mejora del servicio público por el hecho de establecer una mayor y más variada oferta, en mejores condiciones de precio y cobertura de necesidades, para toda la población de Vila-real.” (FJ 3)

Por otra parte, el Tribunal señaló que:

“[...] ni conculca la legalidad administrativa relativa a la libertad de mercado (artículo 38 de la CE) y colaboración entre el sector público y privado para garantizar la más amplia oferta deportiva (artículo 21 de la Ley autonómica 4/1993, sobre deporte) la regulación de estas actividades a través de ordenes fiscales por el propio Ayuntamiento conlleva una situación de competencia desleal, pudiendo todo ello resultar irrelevante cuando, como sucede en el presente caso, de todo ello no se obtiene ventaja alguna en el mercado.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal advirtió que:

“[...] la cuestión de si el Ayuntamiento de Vila-real, al impartir dichos cursos de aeróbic y salas *fitness* se excede o no de sus propias competencias es puramente administrativa y no puede ser resuelta, como ya hemos dicho antes, en este ámbito exclusivo del Derecho privado.” (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso interpuesto, revocando la resolución recurrida y desestimando la demanda formulada en su momento, condenando a la parte demandante al pago de las costas en primera instancia.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la competencia desleal, ver las siguientes sentencias: SAP de Cantabria, Sala Primera, de 15 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001, 9441); SAP de Cantabria de 15 de abril de 1998

(Aranzadi 1998, 2053); SAP de Madrid de 5 de mayo de 2000 (Rollo 997/1997 [AC 2001, 1354]) y SAP de Madrid de 20 de noviembre de 2001 (Rollo 291/99 [JUR 2002, 54306]); STS, Sala Primera, de 16 de junio de 2000 (Aranzadi 2000, 5288); STS, Sala Primera, de 11 de mayo de 1988 (Aranzadi 1988, 4053); STS de 13 de mayo de 2002 (RJ 2002/5594); STS de 15 de octubre de 2001

(RJ 2001/9441); STS de 16 de junio de 2000 (RJ 2000/5288), y STS de 8 de julio de 1981 (RJ 1981/3053).

Proclamando la licitud de la venta a pérdida: SAP de Cantabria de 12 de mayo de 1993 (Aranzadi 1993/1020) y SAP de Barcelona de 24 de diciembre de 1998, entre otras.

Audiencia Provincial de Girona. Procedimiento monitorio. Reclamación de cuotas

SUPUESTO DE HECHO

La Junta de Compensación de la Urbanización M interpuso recurso de apelación contra la inadmisión de la demanda de un juicio monitorio.

La Audiencia Provincial de Girona estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Audiencia entró a analizar la inadmisibilidad de la demanda. En este sentido, declaró que:

"[...] no puede [...] compartir la inadmisión *ad limine* de la demanda de reclamación de las cuotas anuales aprobadas en Asamblea General por la Junta de Compensación [...] al propietario de una parcela, por la vía del proceso monitorio, pues el hecho de que las cantidades adeudadas a la Junta de Compensación por sus miembros sean exigibles por vía de apremio administrativo, mediante petición de la Junta a la Administración actuante, de acuerdo con el artículo 130.2 de la Ley del suelo y 70 del Reglamento de gestión urbanística, como privilegio concedido por el legislador a las juntas de compensación, no es óbice para que puedan acudir a la jurisdicción civil al objeto de hacer efectivas las obligaciones dinerarias asumidas frente a la Junta por sus miembros." (FJ 1)

Asimismo, el Tribunal advirtió que:

"[...] una vez renunciado el procedimiento de apremio administrativo, al acudir a la jurisdicción del orden civil, no se observa obstáculo alguno para que en esta jurisdicción puedan optar por el trámite procedimental que más convenga a sus intereses, siempre y cuando no exista obstáculo legal que se lo impida." (FJ 1)

En relación con el procedimiento monitorio, el Tribunal añadió que:

"La opción del procedimiento monitorio viene avalado tanto por el artículo 24.4 de la Ley de propiedad horizontal [...] aunque su configuración no adopte la forma jurídica de constitución de comunidades prevista en el artículo 24 de la LPH, cual puede ser el de una entidad de interés público, de carácter administrativo, impulsada por los propietarios particulares de las parcelas para participar en la gestión urbanística, cual es una junta de compensación regida por sus estatutos, por la cual los terrenos comprendidos en la unidad de actuación quedan afectados por el sistema." (FJ 2)

Por ello, según el Tribunal:

"[...] si la deuda de un miembro de la Junta de Compensación por las cuotas aprobadas en Asamblea General viene acreditada por certificaciones de impago emitidas por el organismo rector, no se aprecia impedimento para que pueda reclamarse a través del juicio monitorio, de acuerdo con el artículo 812.2.2 de la LECiv en relación con el artículo 24.4 de la LPH, por el hecho de que exista la eventualidad de poder reclamarla por la vía del apremio administrativo." (FJ 2)

Por su parte:

"[...] también procedería el proceso monitorio al venir acreditada la deuda mediante certificación creada unilateralmente por el acreedor, que habitualmente documenta los créditos y deudas en relaciones del tipo que aparece existente entre acreedor y deudor." (FJ 2)

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Girona. Sección Segunda. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 272/2003

RESOLUCIÓN: 104/2004

FECHA: 25 de junio de 2004

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.4 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de la propiedad horizontal, y artículos 812.1 y 812.2 de la LEC

PONENTE: Ilmo. Sr. José Isidro Rey Huidobro

DOCTRINA: Procedimiento monitorio. Reclamación de cuotas (FJ 1 y 2)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso de apelación, revocando la resolución impugnada, acordando en su lugar la admisión a trámite de la demanda de juicio monitorio.

F) Comentarios a la jurisprudencia en materia de contratación de las administraciones públicas

Julia Fajardo García

Licenciada en Derecho.

Técnica de gestión de la Diputación de Barcelona

En este número de *Cuadernos de Derecho Local*, y como en las anteriores ocasiones siguiendo la estructura de la propia Ley de contratos, las sentencias seleccionadas se agrupan en los siguientes temas: del ámbito objetivo, de las actuaciones relativas a la contratación, del contrato de obras y del contrato de gestión de servicios públicos.

DEL ÁMBITO OBJETIVO

La calificación del objeto del contrato administrativo se ha convertido en un tema de estudio fijo en esta sección por tratarse de uno de los asuntos sobre el que no cesan de pronunciarse los órganos jurisdiccionales, debido a la enorme casuística que se presenta en las relaciones contractuales de las administraciones públicas. En esta ocasión, se ha seleccionado una sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2004 (RJCA 2004/687), que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, sobre la reclamación de pago de intereses de demora del expediente de amortización del préstamo, al haber prescrito la acción ejercitada por la Administración. Por tanto, la cuestión litigiosa se centra en examinar si el plazo de prescripción de las deudas públicas no tributarias se rige por el plazo general de quince años que previene el Código civil, como sostiene la Administración o, por el plazo de cinco años recogido en la Ley general presupuestaria, como postula la recurrente.

Para ello, el Tribunal, en su análisis, parte de la naturaleza del contrato de auxilio económico suscrito, concluyendo que tiene naturaleza administrativa y estableciendo que “a falta de disposición expresa en la Ley de contratos de las administraciones públicas sobre prescripción, vienen en aplicación, por tanto, las restantes normas de derecho administrativo, y más concretamente la Ley general presupuestaria [...] —a la misma se remite el reglamento general de recaudación [...] en materia de prescripción de deudas de Derecho público no tributarias—, cuyo artículo 40 establece que prescribe a los cinco años el derecho de la hacienda pública a reconocer o liquidar créditos a su favor, contándose dicho plazo desde el día en que el derecho pudo ejercitarse, así como el

cobro de los créditos reconocidos o liquidados, a contar desde la fecha de su notificación, o si ésta no fuera preceptiva, desde su vencimiento”.

Lo cierto es que el carácter administrativo de este contrato no se discute por las partes ya que tanto la Administración como el recurrente parten de su naturaleza administrativa para formular sus alegaciones. En este sentido, el carácter administrativo del contrato de préstamo como auxilio económico concedido a un particular también parece ser un tema pacífico y recogido, tanto por la doctrina de la Sala Contenciosa de la Audiencia Nacional como por la del Tribunal Supremo.¹

Por tanto y como ya hemos indicado en comentarios anteriores, la controversia se centra en la conceptualización efectuada por el Tribunal del contrato suscrito para la aplicación del régimen jurídico correspondiente. En el caso objeto de comentario, esta controversia se refiere a la normativa que es de aplicación a la prescripción de la acción de reclamación de la deuda contraída en virtud de un contrato de préstamo hipotecario de carácter administrativo.

Para su examen, es necesario partir de la configuración que la vigente Ley de contratos de las administraciones públicas otorga a los contratos administrativos en su artículo 5.2. Dispone que son contratos administrativos, según su objeto, por un lado, los conocidos como contratos típicos, es decir, los de obras, gestión de servicios públicos, suministros, concesión de obras públicas, consultoría y asistencia y los de servicios; y por otro lado, los de objeto distinto que tengan naturaleza administrativa especial “por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley”. Resulta obvio que, de acuerdo con la vigente ley, el contrato de referencia se configura como de carácter administrativo *especial*. Por tanto, de acuerdo con el artículo 7 del TRLCAP los contratos típicos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la Ley de contratos y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado. El segundo inciso de este precepto indi-

1. STS de 16 de septiembre de 2002, que trata un tema de auxilio económico para inversiones colectivas, entendiendo que se trata de un contrato de

naturaleza esencialmente administrativa y sometido a los órganos jurisdiccionales de dicho orden jurisdiccional (RJ 2002/9777).

ca que, no obstante, los contratos administrativos especiales se registrarán por sus propias normas con carácter preferente.

En concordancia con este precepto hemos de pasar al siguiente, al artículo 8 del TRLCAP, que aunque no lo exprese con claridad,² parece ser que el sistema regulador de los contratos administrativos especiales quedaría de la siguiente manera: 1.^º) su normativa especial; 2.^º) la Ley de contratos de las administraciones públicas; 3.^º) las restantes normas de Derecho administrativo; 4.^º) el Derecho civil.

Este análisis es el que hace el Tribunal en la sentencia objeto del comentario, aunque sin establecerlo de una manera clara y directa respecto del contrato administrativo especial, ya que primero examina la normativa especial, la Ley de reforma y desarrollo agrario (aprobada por el Decreto 118/1983) y la Ley 13/1971, sobre organización y régimen del crédito oficial. Ante la falta de regulación de la prescripción, entra a valorar la Ley de contratos y en su defecto, finalmente, las restantes normas de Derecho administrativo en la que estudia la Ley general presupuestaria y el Reglamento general de recaudación que dispone el plazo de cinco años para la prescripción de las acciones de reclamación de deudas de Derecho público no tributarias.

La duda se podría plantear respecto si la normativa que se considera específica es aquella relativa al préstamo con interés que concede el IRYDA, en cuanto operaciones de auxilio económico y técnico que puede realizar la Administración pública o propiamente a la contratación del préstamo con hipoteca como modalidad concreta de estas operaciones, en cuyo caso, se podría plantear la cuestión de la calificación del contrato privado que se regula en el Código civil y que reviste el carácter de administrativo especial por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración. Así, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, se rigen por la Ley de contratos, pero en cuanto al régimen de la prescripción de las acciones podría regirse por el Derecho privado (quince años para las acciones personales).

En cualquier caso, la jurisprudencia más reciente de la Audiencia Nacional (sentencias de 30 de junio de 2004 –JUR 2004/244240–, de 22 de octubre de 2003 –JUR 2003/265041–, y de 29 de octubre de 2003 –JUR 2003/265849–) se decanta por la aplicación del plazo de prescripción previsto en la legislación administrativa, es decir, cinco años, basándose en declaraciones del Tribunal Supremo efectuadas en la sentencia antes referida del 16 de septiembre de 2002 (RJ 2002/9777) en las que se afirma el carácter administrativo del contrato de préstamo conce-

dido por el IRYDA. Así mismo, otra sentencia anterior de la misma Sala del Tribunal Supremo, la de 4 de febrero de 1987 (RJ 1987/2062), afirmando también la naturaleza administrativa del contrato y la atribución del conocimiento de las controversias a la jurisdicción administrativa, la Sala aplica el régimen del Derecho privado para sustanciar un asunto relativo a la responsabilidad exigible al fiador del préstamo contraído mediante contrato de préstamo concedido por el mencionado IRYDA. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de mayo de 2004 (JUR 2004/299685) indica que la norma reguladora es la del artículo 1964 del CC, que prevé el plazo de prescripción de quince años.

Tal como establece el abogado del Estado en su contestación a la demanda en el asunto objeto del comentario, se ha interpuesto recurso de casación para unificación de la doctrina, por lo que habrá que esperar que se dicte sentencia que case y unifique la doctrina de las sentencias contradictorias producidas sobre este tema.

DE LAS ACTUACIONES RELATIVAS A LA CONTRATACIÓN. DE LA ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

En el ámbito de las actuaciones relativas a la contratación (epígrafe coincidente con el título III de la LCAP) se han seleccionado para su estudio cuatro sentencias: tres de ellas referidas al momento de la adjudicación del contrato, la STS de 6 julio de 2004 (2004/5199) que casa y unifica la doctrina sobre el criterio de subsanabilidad de los defectos de forma en la documentación presentada en las licitaciones; la STSJ de Madrid de fecha 21 de junio de 2004 (RJCA 2004/609) en la que el Tribunal realiza una revisión de los criterios de valoración que han servido de base para la adjudicación de un contrato de gestión de servicio público para la explotación de una plaza de toros; una tercera, la STS de 10 de mayo de 2004 –RJ 2004/3495– que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la concesionaria de la explotación del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y por el ayuntamiento que adjudicó la concesión contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 19 de noviembre de 1998, estimatoria del recurso deducido por una de las empresas licitadoras del concurso anulando el acto por el que se aprobó el pliego de condiciones y el acuerdo de adjudicación del concurso; y la cuarta sentencia, la STSJ de Baleares de 4 de junio (RJCA 2004/423) hace referencia a la ejecución del contrato, y en concreto al controvertido tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo estudio se inició en el comentario del número anterior.

2. En palabras de Alberto Ruiz Ojeda, *Derecho de la contratación pública y regulada*, Civitas, 2004.

La primera de estas sentencias, la del Tribunal Supremo de 6 julio de 2004, resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto contra sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de La Rioja de fecha 6 de mayo de 2003, que estima un recurso contra la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en La Rioja, sobre adjudicación de concurso relativo a la contratación del proyecto básico y de ejecución y dirección de las obras de reforma y adaptación de un local para centro de atención e información de la seguridad social en Nájera. Los recurrentes fueron excluidos de la licitación por la Mesa de Contratación por presentar la proposición económica sin firmar y la impugnan por considerar que esta omisión es un defecto de forma subsanable. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por los recurrentes, casa la Sentencia impugnada y estima el recurso contencioso-administrativo.

El Tribunal toma en consideración tres de las sentencias alegadas por los recurrentes como sentencias de contraste, la STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2001 (RJCA 2002/59), la STS de 19 de enero de 1995 (RJ 1995/546) y la STS de 4 de octubre de 1994 (RJ 1994/7515) y declara que “forman un cuerpo de doctrina consolidado en la doctrina jurisprudencial de esta sala que es coherente con el criterio de la subsanabilidad, que en este caso resulta de directa incidencia ante la falta de la firma de la proposición económica [...]”.

Del análisis que efectúa el Tribunal, el régimen de subsanación se resume en los siguientes extremos:

–Que el artículo 101 del Reglamento general de contratación del Estado (actualmente regulado en el artículo 81.2 del RGLCAP) debe entenderse como que “la Mesa de Contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma, pudiendo conceder, si observar defectos materiales un plazo no superior a tres días para que el licitador subsane el error”.

–Que el acto de calificación de documentos mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan los requisitos esenciales e indispensables previstos en el pliego de cláusulas administrativas, exclusión que, en todo caso, debe responder a criterios objetivos, por lo que no siendo sustancial o de fondo el defecto, la Mesa de Contratación debe proceder a procurar su subsanación y “sólo si el defecto no fuere subsanado, se justificaría la exclusión de la proposición del licitador”.

–Que el citado artículo del RGCE no otorga a la Mesa de Contratación facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación, sino que ante un defecto subsanable, “impone

un deber en orden a la subsanación, no supeditada a más que a la existencia de un defecto o error material y a la susceptibilidad de su subsanación”.

Así mismo, en la sentencia de referencia, se recoge, en apoyo a este criterio de subsanabilidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en concreto la STC 141/1993 de 22 de abril, que prescribe el modo de acreditar documentalmente la personalidad de la empresa ante la Administración, entendiendo que es una norma formalista y de procedimiento, que no cumple la condición básica. También las STS de 5 junio de 1971, de 22 de junio de 1972, de 27 de noviembre de 1984, que insisten en las posibilidades subsanadoras, prohibiendo la limitación de concurrencia, y la STS de 30 de noviembre de 1992, que distingue los documentos que deben presentarse y acompañarse obligatoriamente con la proposición licitadora y los demás previstos en el pliego que de no presentarse, pueden hacerse valer en cualquier momento anterior a la formalización del contrato, y la STS de 28 de septiembre de 1995, con la que se concluye el reconocimiento de la prevalencia del principio antiformalista en la jurisprudencia.

Finalmente, también apoyan esta doctrina diferentes informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado,³ que otorgan a la Mesa, además de la función de calificar la documentación, la posibilidad de subsanación de defectos materiales advertidos, máxime cuando en este caso el requisito fue cumplido.

Con todo ello, se puede afirmar que la obligación de la Mesa de Contratación de otorgar un plazo para subsanar defectos materiales y que la falta de firma en la proposición económica es un defecto subsanable, resulta una doctrina pacífica y consolidada. Además, es necesario observar que la redacción del vigente artículo 81.2 del RGLCAP dispone de manera más clara esta obligación de la Mesa suprimiendo la frase “si lo estima conveniente” que contenía el anterior artículo 101 del reglamento y que ha sido interpretado por el Tribunal como “la correcta apreciación por la Mesa de la naturaleza del defecto concurrente”.

La segunda sentencia que incluimos en este apartado es la STSJ de Madrid de fecha 21 de junio de 2004 (RJCA 2004/609), que resuelve los recursos contencioso-administrativos interpuestos por diferentes empresas gestoras del mundo taurino contra la resolución de la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid, por la que se resuelve el concurso para la adjudicación del contrato de gestión del servicio público consistente en la cesión de la explotación de la Plaza Monumental de Toros de Las Ventas.

Esta sentencia se ha incluido en el apartado relativo a la adjudicación del contrato porque resulta significativa la

3. Como ejemplo, el Informe 26/1997, de 14 de julio, sobre actuación de la Mesa de Contratación en la calificación documental posibilidad de subsanación de errores materiales.

revisión que realiza el Tribunal sobre las puntuaciones otorgadas a los licitadores en los criterios de valoración del concurso, pero antes de entrar en su estudio, creemos necesario destacar otros aspectos igualmente significativos o que llaman la atención, como es el número de partes recurrentes, cuatro empresas (no queda claro si es la totalidad de empresas presentadas en el concurso), que interponen un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid por la que se adjudica el contrato de gestión de servicio público para la cesión de la explotación de la Plaza Monumental de Toros de Las Ventas de Madrid a la entidad Toresma 2, SA. Con el desistimiento de una de ellas, quedan finalmente tres que continúan el proceso.

Las alegaciones de todas ellas coinciden en unos puntos esenciales, básicamente en que la constitución de la sociedad adjudicataria constituye un abuso de derecho y un fraude de ley ya que lo hace con el único fin de eludir los impedimentos que afectaban a la anterior sociedad que ya había obtenido la explotación de la referida plaza de toros durante períodos anteriores; así como que la resolución de adjudicación impugnada, carece de la motivación suficiente y ello supone arbitrariedad y desviación de poder.

En cuanto a la capacidad de la entidad adjudicataria, ante las alegaciones de los recurrentes, el Tribunal se limita a examinar si la empresa anterior estaba al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, y si tenía alguna responsabilidad en la gestión anterior de resultados de la ejecución del contrato para explotación de la plaza de toros.

Respecto de la falta de motivación del acuerdo de adjudicación, el Tribunal declara que no es cierta la falta de motivación ya que la Mesa de Contratación se basa en el informe técnico emitido donde se recogen las valoraciones y las razones para otorgar a cada licitador una determinada puntuación. En este sentido, es doctrina mantenida por el Tribunal Supremo la necesidad de observar el requisito de la motivación en la adjudicación de los contratos administrativos en virtud de concurso [entre otras, las STS de 17 de junio de 1991 (RJ 1991/4903), de 6 de octubre de 1999 (RJ 1999/8839), y de 7 de octubre de 1999 (RJ 1991/8840)].

En particular, el Tribunal ha precisado: “a) que la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su

caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos; b) que tal exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones, y c) que con esa exigencia no se trata de sustituir el criterio técnico de la Administración, sino de conocer en qué ha consistido éste y cuáles han sido los datos determinantes de la decisión” (Sentencia de 10 de julio de 2000 –RJ 2000/4792–, recogida por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de marzo de 2003 –JUR 2003/209760–).

En la sentencia de referencia, una vez que el Tribunal ha afirmado que resultan suficientemente motivadas las razones para otorgar a cada licitador una determinada puntuación, nos parece contradictoria con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo y otros tribunales superiores de justicia, la revisión jurisdiccional que realiza de cada uno de los criterios de valoración exigidos admitiendo las potestades discrecionales de que dispone la Administración y afirmando que tal control jurisdiccional se debe ceñir a si se hubiese incurrido en error, alejamiento de los intereses generales y de la seguridad jurídica, desviación de poder o falta de motivación.

Así, consultadas las bases de datos, numerosas sentencias⁴ revelan esta doctrina declarando que “el control judicial tiende al cumplimiento de las garantías organizativas y procedimentales y aunque incluye el de la legalidad de los criterios tenidos en cuenta para la decisión, el Tribunal no puede sustituir unilateralmente el de la Administración si no se evidencia en su razonamiento que ha efectuado una aplicación arbitraria de los conceptos que incorpora la norma o si no se ha justificado una posible arbitrariedad en la actuación administrativa [...] pues se está ante una potestad discrecional y el control a través de los conceptos jurídicos indeterminados no puede suponer una revisión subjetiva, sin nuevos elementos probatorios de la decisión administrativa de adjudicación”. También afirman que “la referida discrecionalidad tiene su primera y elemental limitación en la exigencia legal de que en el pliego de condiciones particulares del contrato *han de establecerse los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación*”.

Por ello referimos que la revisión del Tribunal nos parece contradictoria, e incluso parece rebasar los límites del control jurisdiccional al pronunciarse sobre los diferentes aspectos de valoración en cuanto si se han puntuado correctamente o no, llegando a declarar una mayor puntuación para una de las empresas recurrentes al admitir que la valoración efectuada por la Administración no está suficientemente justificada sin declarar su aplicación

4. Las más recientes, las STSJ de Aragón de 18 de marzo de 2003 –JUR 2003/209760– y de 14 de febrero de 2003 –JUR 2003/209197–, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 12 de julio de 2002 –JUR 2002/205105– y la STSJ de Andalucía, Málaga, de 7 de mayo de 2002 –JUR 2003/126258–.

arbitraria y modificando la justificación técnica aportada por la Comunidad de Madrid.

Así mismo, resulta significativo el contenido de la cláusula sexta de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que en concordancia con la cláusula octava, se puntuaba hasta diez puntos la acreditación por parte de los licitadores de "haber estado dedicado al negocio taurino al menos durante diez años" y añade que "cuando se trate de licitadores que sean personas jurídicas, este requisito lo deberá reunir el socio, y cuando la composición societaria sea de varios socios, dicho requisito deberá ser ostentado por un grupo mayoritario". Simplemente, queremos destacar que las partes recurrentes podrían haber impugnado esta cláusula del pliego por contener un aspecto a valorar que favorecía la puntuación máxima de la empresa adjudicataria (de nueva constitución) en detrimento de la experiencia de las demás empresas licitadoras (con una mayor experiencia anterior como sociedades). Además, contemplar la experiencia profesional como requisito objetivo de adjudicación puede resultar una infracción del principio de libre concurrencia, ya que la acreditación de la experiencia se contempla en el TRLCAP como un requisito de solvencia profesional. Sobre este particular, la Sala no se pronuncia.

En tercer lugar y en consonancia con la anterior, abordamos el examen de la STS de 10 de mayo de 2004 que analiza si se ha infringido el principio de libre concurrencia establecido en el artículo 13 de la Ley de contratos del Estado por la exigencia de que los concursantes tuvieran una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable, por carecer de base legal requerirla como condición para contratar. Por otro lado, también analiza la sentencia de la instancia donde se alega el "principio de lo jurídico de lo fáctico", entendiendo que se vulnera éste porque la ausencia de proyecto técnico queda subsanada por la realidad que pone de manifiesto la realización de las mejoras que aparecerían en tal proyecto.

El Tribunal declara que "siendo innegable la fuerza normativa de los hechos, no puede argumentarse que la correcta prestación del servicio por la adjudicataria de la concesión sea razón para convalidar una actuación administrativa caracterizada por el incumplimiento de las normas que han de observarse en la contratación. La realidad no puede prevalecer frente a la ilegalidad", y declara que "la previa elaboración de un proyecto es un requisito necesario que ha de ser cumplido por la corporación cuyo incumplimiento es determinante de nulidad". En consecuencia, la Sala lo que hace es asimilar el principio invocado al de conservación de actos y trámites previsto

en el artículo 66 de la Ley 30/1992 afirmando que no puede alegarse para mantener una situación contraria a Derecho, como lo es la adjudicación del servicio sin observar lo dispuesto por las normas jurídicas aplicables. En cuanto al principio de concurrencia, la sentencia confirma el argumento contenido en la recurrida en casación en cuanto que la cláusula que impide concursar a quienes no acrediten una experiencia de, al menos, tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable, vulnera este principio, argumentando que "una cosa es que se tenga en cuenta en el momento de valoración de las ofertas la experiencia previa y otra que se erija en requisito para concursar". Sobre este particular, conviene recordar la distinción entre los criterios de selección de contratistas y los criterios de adjudicación del contrato. Los primeros se aplican con carácter previo a la licitación dando acceso a la misma tan sólo a los que los cumplan. La confusión de estos criterios ha dado lugar a una buena jurisprudencia comunitaria, de la que se destaca la sentencia Beentjes, de 20 de septiembre de 1988, del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, recaída en el Asunto 31/1987.

Así mismo, esta sentencia junto con la del caso Transporoute, de 10 de febrero de 1982, asunto 76/1981, Rec. 471, ponen en claro que de la redacción de los artículos correspondientes de las directivas de contratación que establecen la capacidad técnica realizan una enumeración exhaustiva de las referencias que pueden solicitarse.⁵

La legislación española sobre contratación recoge este criterio en el artículo 15 del TRLCAP que establece que podrán contratar con la Administración todas las personas naturales o jurídicas, española o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional; y respecto de esta solvencia técnica el artículo 19.b) establece que podrán acreditarla, mediante una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y beneficiarios públicos o privados de los mismos.

En consecuencia, respeto de la infracción del principio de concurrencia que se declara en la sentencia que estudiamos, se observa que sí existe norma jurídica que contempla el requisito de la experiencia como acreditación de la solvencia profesional siempre que se acredite por los medios tasados que establece el artículo 19.b) del TRLCAP.

Finalmente, la cuarta sentencia, la STSJ de Baleares 464/2004, de 4 de junio, en la que se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo contra la desesti-

5. El informe de la Junta Consultiva de Contratación española 11/1999, de 30 de junio, sobre pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares, contiene diversas observaciones sobre los criterios de selección de empresas.

mación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante el Ayuntamiento de Marratxí, por un accidente ocasionado en el curso de las actividades de gimnasia promovidas por el Ayuntamiento.

Con esta sentencia completamos el análisis del comentario que realizamos en el número anterior de los QDL (págs. 229 a 232) en relación con el examen de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en el sentido que, en este caso, el particular formula la reclamación únicamente ante la Administración. En una de las sentencias seleccionadas en el número anterior sobre este tema (SAP de Asturias de 23 de febrero de 2004 –AC 2004/502–), se examinó el caso que el particular reclamara directamente contra la empresa adjudicataria del contrato.

En la sentencia se estudia la responsabilidad directa de la Administración por daños ocasionados a terceros por los concesionarios. En esta cuestión ha existido un importante debate doctrinal y jurisprudencial, sobre todo en lo relativo al alcance de la acción que confieren al particular los artículos 121 de la LEF y 97 del TRLCAP.

Para un sector doctrinal,⁶ los preceptos citados habilitan al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular del servicio público, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados durante la ejecución del servicio realizado a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración, si se dan los requisitos de la responsabilidad patrimonial (examinados en el comentario anterior), abonar la indemnización al dañado, sin perjuicio de que aquélla pueda repetir frente al contratista, si el daño no fue debido a órdenes inmediatas y directas de la Administración ni a vicios del proyecto técnico. Esta tesis fue la mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y de 12 de junio de 1973, y también se reflejó en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 1 de abril de 1985, de 19 de mayo de 1987 y de 9 de mayo de 1989.

En la sentencia que ahora analizamos, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares recoge esta doctrina y hace referencia a esta última sentencia del Tribunal Supremo de 1989 en la que se llega a la conclusión de que el concesionario es un delegado de la Administración, en el sentido estricto y técnico del vocablo, esto es, un sujeto que asume el ejercicio de funciones administrativa

cuya titularidad se reserva la Administración. En este sentido, reproduce las declaraciones de la sentencia para el supuesto de la concesión de un servicio público mediante contrato, donde “la Administración ha asumido previamente la actividad de que se trata, por considerarla indispensable para la vida de la sociedad” y cita que “se ha producido lo que la doctrina ha llamado *publicatio* de dicha actividad y que no supone otra cosa que la conversión de tal actividad en competencia administrativa”. Con esta afirmación, a la que añade, respecto del procedimiento judicial, la unificada doctrina que excluye la posible intervención de la jurisdicción civil en esta materia (“ya no es posible remitir al perjudicado a una reclamación civil contra la empresa concesionaria”), la Sala declara que el perjudicado puede válidamente reclamar judicialmente de la Administración y si ésta resulta condenada ya repetirá contra el concesionario.⁷

Esta tesis contradice la doctrina mayoritaria⁸ que afirma la responsabilidad directa y objetiva del contratista por los daños que ocasione en la gestión del servicio público o en la ejecución de la obra pública, teniendo éste la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo que los daños y perjuicios hubiesen sido ocasionados como consecuencia de una orden o actuación de la Administración, en cuyo caso sería ésta la responsable. Bocanegra Sierra⁹ destaca que los daños que no puedan serle imputados a la Administración no pueden ser de ningún modo atendidos por ella, no habiendo solidaridad alguna entre la Administración y el contratista ni siendo en absoluto equiparables entre sí la técnica de la concesión con la de la delegación.

Por tanto, y según la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo que abandona la tesis anterior y que también confirma esta doctrina mayoritaria (entre otras, las sentencias de 9 de febrero de 1999 y de 25 de enero de 1992), podemos afirmar que la sentencia que ahora estudiamos del STSJ de Baleares se apoya en una doctrina que resulta polémica y minoritaria que declara que “la Administración, titular del servicio público [...], no puede en modo alguno desentenderse de los daños causados por la actuación de la empresa que gestiona el indicado servicio, con lo que ha de resolver sobre la procedencia de la indemnización y sobre quien debe pagarla, quedando

6. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 44-45, 1976; ARIÑO ORTIZ, G., “El servicio público como alternativa”, REDA, núm. 23, 1979; VILLAR EZCURRA, J. L., *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981; SUAY RINCÓN, J., “La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación”, en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas* (dirigido por GÓMEZ-FERRER MORANT), Civitas, Madrid, 1976.

7. En el mismo sentido, se pueden ver las STS de 20 de octubre de 1998 (RJ 1998/10661) y de 12 de febrero de 2000 (RJ 2000/2172).

8. Entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1956 (2.ª edición, facsímil, de 1984); LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983; MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977, y “La responsabilidad de la Administración local”, en *Tratado de Derecho municipal*, Civitas, Madrid, 1988, vol. I; PANTALEÓN PRIETO, F., *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985.

9. “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas”, *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994.

do así obligada a responder, bien que quepa repetir contra" la empresa concesionaria del servicio.

También se destaca que esta tesis contradice otra mantenida por la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en Sentencia de 28 de noviembre de 1994, en la que se atribuía la responsabilidad del daño al concesionario por entender que el accidente no fue ocasionado como consecuencia directa de una orden de la Administración.

DEL CONTRATO DE OBRAS

En este apartado se incluye una única sentencia, la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 14 de septiembre de 2004 (TJCE 2004/241), que declara el incumplimiento de la República Italiana de las obligaciones que dispone el artículo 7.3 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras al haber adjudicado el organismo autónomo del Ministero dei Lavori Pubblici, contratos públicos relativos a la finalización de la construcción de un dique de contención de las crecidas del río Parma, localidad de Marano (municipio de Parma), así como a las obras de adecuación y terminación de un dique de contención del río Enza y de regulación del río Terdoppio, al sudoeste de Cerano, recurriendo al procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación, a pesar de que no concurrían los requisitos necesarios para ello.

Consultadas las bases de datos, se observa que existen diferentes recursos interpuestos por la Comisión de las Comunidades Europeas, por el incumplimiento de la obligación de publicación de un anuncio de contrato público de obras y numerosas las sentencias del Tribunal Europeo que analizan los supuestos excepcionales que regula la normativa europea para dispensar la obligación de publicar un anuncio de licitación, a saber, para las obras cuya ejecución, por razones técnicas, sólo pueda encomendarse a un empresario determinado; la urgencia apremiante por acontecimientos imprevisibles y para aquellas obras que consistan en la repetición de obras similares realizadas por el contratista titular de un primer contrato.

En primer lugar, cabe destacar que el Tribunal reitera sus anteriores declaraciones sobre que las disposiciones de la directiva "deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas" (STJCE de 18 de mayo de 1995 –TJCE 1995/76–; de 28 de marzo de 1996 –TJCE 1996/64–).

En la sentencia objeto del comentario, la República Italiana alega la existencia de las tres excepciones. Respecto de la especificidad técnica se basa en un dictamen técnico emitido por el Consiglio Superiore dei Lavori.

Con el análisis de esta alegación, la novedad de la sentencia radica en la ampliación de la doctrina del TJCE sobre la prueba de la existencia de las razones técnicas a las obras que se dividen en lotes y declara que "la mera afirmación del carácter complejo y delicado de un conjunto de obras no basta para demostrar que sólo puede encomendarse a un mismo empresario, en particular, cuando las obras se dividen en lotes, cuya realización debe prolongarse durante muchos años".

Así mismo, en cuanto al carácter urgente de las obras, es doctrina reiterada del TJCE que esta dispensa está supeditada al cumplimiento de tres requisitos acumulativos: la existencia de un acontecimiento imprevisto, de una imperiosa urgencia incompatible con los plazos requeridos en todos procedimientos y, de una relación de causalidad entre el acontecimiento imprevisto y la imperiosa urgencia que deriva de éste (STJCE de 2 de agosto de 1993 –TJCE 1993/134–). El hecho que los contratos iniciales se adjudicaran en los años ochenta junto con la previsión de la ejecución de las obras por lotes, permite afirmar al Tribunal que no prueban ninguna urgencia apremiante sino que "forman parte de la organización efectuada por la entidad adjudicadora".

Ahora bien, el interés de la sentencia radica en la interpretación que realiza el Tribunal europeo, en comparación con las distintas versiones lingüísticas, de la disposición del artículo 7, apartado 3, letra e), de la directiva de referencia que autoriza la utilización del procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, para obras nuevas que consistan en la repetición de obras similares encomendadas a la empresa titular de un primer contrato por las mismas entidades adjudicadoras; posibilidad que sólo se brinda durante un período de tres años a partir de la celebración del contrato inicial, afirmando que la expresión "celebración del contrato inicial" debe interpretarse en el sentido de la formalización del contrato inicial y no en el sentido de la finalización de las obras que son objeto del contrato. Se destaca que así se establece de forma clara en nuestra legislación de contratos en el artículo 141.3.e) del TRLCAP.

DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

En este comentario se ha incluido el apartado referido al contrato de gestión de servicios públicos y para su análisis se han seleccionado dos sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la STS de 20 de abril de 2004 –RJ 2004/2865–, que resuelve un recurso de casación interpuesto por una entidad concesionaria del servicio contra la sentencia del TSJ de Valencia que desestima el recurso deducido por esta entidad contra una resolución del Ayuntamiento de Valencia sobre la fijación de canon y tarifa de la concesión; y la STS de 17 de mayo de 2004 –RJ 2004/3511– que resuelve un recurso de casación interpuesto por la socie-

dad prestataria del servicio contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación a la rescisión del contrato de la conducción del correo por carretera entre Barcelona y la subcentral de Gracia.

En primer lugar, entramos en el estudio de la sentencia relativa a la fijación de canon y tarifa de una concesión, la STS de 20 de abril de 2004. En la sentencia recurrida en casación la entidad concesionaria impugna la revisión del canon que acuerda la Administración por entender que no existe relación entre la revisión del canon y la de las tarifas, por considerar que en aquel momento no procedía la revisión y por una aplicación indebida del sistema de cálculo de las tarifas y del canon. Finalmente, la entidad recurrente formula alegaciones sobre el equilibrio financiero del contrato que se traducen en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario y sobre el riesgo imprevisible que posibilita la revisión del precio pactado cuando estos eventos imprevisibles incidan en la economía de la concesión.

Sobre el tema del equilibrio económico-financiero del gestor del servicio, existen muchos pronunciamientos jurisdiccionales que analizan todos sus elementos. Sin ir más lejos, dos sentencias anteriores producidas en recursos de casación que se siguieron entre las mismas partes la STS de 3 de mayo de 2001 –RJ 2001/3433– y la STS de 30 de noviembre de 2001 –RJ 2002/192– donde el Tribunal analiza los conceptos de canon y tarifa y la relación existente entre ellos como necesaria para mantener el equilibrio económico financiero que constituye la esencia de un contrato de gestión de servicios. En esta ocasión, por razones de seguridad jurídica, el Tribunal impone la unidad de doctrina y se reafirma en sus declaraciones afirmando la coexistencia de revisión de canon y revisión de tarifas. Por tanto, pedida y obtenida por el concesionario la revisión de las tarifas “nada debe obstar a que la Administración fijara al mismo tiempo el canon correspondiente” y completa su argumento respecto del cálculo, declarando que “ambos instrumentos están interrelacionados y de ahí su automaticidad, de modo que uno no puede operar sin el otro a menos que se quiera desestabilizar la relación negocial y los elementos financieros que lo integran”.

En cuanto a la exigibilidad por parte del concesionario de la revisión de las tarifas, Ariño Ortiz¹⁰ afirma que del Reglamento de servicios de las corporaciones locales se

deduce que el mantenimiento del equilibrio financiero de la concesión es un deber de la Administración; así lo ha declarado el Tribunal Supremo en múltiples ocasiones,¹¹ por tanto, en la cuestión que se estudia, cuando el recurrente formula alegaciones sobre el equilibrio financiero del contrato en base al riesgo imprevisible que posibilita la revisión del precio pactado cuando estos eventos inciden en la economía de la concesión y que hacen imposible la revisión del canon a abonar, es de aplicación la teoría del riesgo imprevisible; teoría muy matizada y consolidada en la jurisprudencia.

El Tribunal Supremo, a lo largo del tiempo, ha venido construyendo esta teoría cuya evolución y aplicación se resume en los siguientes extremos:

a) Ha interpretado los preceptos del Reglamento de servicios de las corporaciones locales y de la Ley de contratos del Estado, estableciendo una doctrina generosa y progresiva que atiende a las repercusiones en la prestación del servicio (STS de 1 de marzo de 1983 –RJ 1983/1352–), teniendo en cuenta consideraciones económicas, primero recurriendo a la cláusula *rebus sic stantibus* y al “enriquecimiento sin causa”, como instrumentos de composición de los intereses de las partes y cumplimiento del principio de justicia distributiva; y luego, reconociendo atenuado el principio de riesgo y ventura del contratista (STS de 11 de mayo de 1995 –RJ 1995/4474–), declarando la obligación de la Administración a revisar las tarifas para mantener el equilibrio de la concesión y afirmando la nulidad de las cláusulas del contrato que prohíban dicha revisión (entre otras las STS de 3 de enero de 1985 y de 11 de junio de 1986 (RJ 1985/2589; RJ 1986/6768)).

b) Posteriormente, el Tribunal Supremo establece que “no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible, los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias” [STS de 2 de marzo de 1999 (RJ 1999/2737)], y declara la necesidad de comprobar el caso concreto partiendo de la incidencia de una circunstancia imprevista e independiente de la buena gestión de la empresa.¹² Esta doctrina se recoge en múltiples sentencias de los tribunales superiores de justicia (las más recientes, la STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2004 (JUR 2004/182519), y STSJ de Castilla y León de 15 de mayo de 1998 (RJCA 1998/3805)).

10. ARIÑO ORTIZ, *Las tarifas de los servicios públicos. Poder tarifario. Poder de tasación y control judicial*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1976.

11. Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1975, de 11 de julio de 1978, de 23 de diciembre de 1980, de 23 de noviembre de 1981, de 5 de marzo de 1982, de 1 de marzo de 1983, de 3 de enero de 1985, de 11 de junio de 1986 y de 22 de febrero de 1988, doctrina que recogen las diferentes salas de los tribunales de justicia de las comunidades autónomas, como las recientes STSJ de Valencia de 25 de octubre de 2001 (JUR 2001/86616) y la STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2000 (JUR 2000/86616), que indican que “la revisión de tarifas no es una potestad de la Administración, sino un deber de la

misma de mantener, en todo caso, el equilibrio económico, sin el cual la concesión no puede subsistir”.

12. En este sentido, es una constante en la jurisprudencia para aplicar la teoría del riesgo imprevisible, la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste (*vid.* sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2001, dictada por la Sección 7.ª de la Sala 3.ª en el Recurso núm. 8602/1995 (RJ 2001, 4465), de 20 de mayo de 1999, Recurso núm. 4547/1993 (RJ 1999, 5094) y de 30 de abril de 1999, Recurso núm. 7196/1992 (RJ 1999, 4691), ambas de la misma sala y sección).

En la sentencia que analizamos se matiza aún más esta teoría del riesgo imprevisible, que posibilita la revisión de tarifas cuando eventos imprevistos incidan en la economía de la concesión y señala que “esa imprevisión nunca es subjetiva, sino objetiva y fundada en criterios de racionalidad, de manera que lo que importa no es tanto si el contratista prevé o no el acontecimiento, sino si éste era racionalmente previsible y si a pesar de su previsibilidad el contratista concluyó el contrato, asumió el riesgo perfectamente previsible y su producción o materialización no debe incidir en los contenidos económicos de la relación”. Por tanto el Tribunal Supremo declara que la revisión del canon anual es una circunstancia previsible por estar prevista en el pliego de condiciones del contrato. De la segunda y última sentencia, la STS de 17 de mayo de 2004 –RJ 2004/3511–, destacamos la parte relativa a la renuncia de indemnización por supresión del servicio que se recogía en una cláusula del pliego de condiciones, por cuanto el Tribunal la declara perfectamente válida y amparada en el principio de libertad de pactos que se recoge en el artículo 4 del TRLCAP, ya que no se considera contraria al interés o al orden público ni perjudica a terceros.

En este sentido, hemos observado que existe una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que se refiere a la resolución del contrato de gestión de servicios públicos por supresión del servicio. Así, se citan las más recientes, la STS de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004/4057) sobre rescisión del contrato de conducción del correo por carretera entre Barcelona y Caldes de Montbui, la STS de 21 de mayo de 2004 (RJ 2004/3786), sobre la rescisión del contrato de conducción del correo por carretera entre Barcelona-Manresa-Sabadell, la STS de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/3516), del transporte del correo entre Barcelona, L'Hospitalet y Cornellà.¹³ Se destaca de todas ellas que la empresa recurrente es la misma.

En primer lugar, cabe mencionar que el artículo 167.c) del TRLCAP prevé la supresión del servicio por razones de interés público como causa de resolución del contrato de gestión. Esta causa, al igual, que la del rescate del servicio, tiene un carácter marcadamente unilateral en cuanto que se trata de una facultad resolutoria otorgada por la Ley a la Administración como titular originario de la actividad gestionada por el contratista. Además la doctrina¹⁴ habla de la naturaleza expropiatoria de esta causa y su carácter extracontractual. Precisamente por este carácter extracontractual¹⁵ puede quedar al margen del pliego de cláusulas lo relativo a la indemnización prevista en la

ley o, por ejemplo, el régimen transicional del servicio. Ahora bien, en todos los casos mencionados (también en la sentencia seleccionada) se prevé en las cláusulas contractuales la renuncia expresa a cobrar una indemnización para el caso de supresión de servicio.

Teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo reiteradamente ha declarado la validez de esta cláusula y viendo que también ha negado la posibilidad de invocar la ruptura del equilibrio económica-financiero del contrato (analizado ya en este comentario) precisamente por constituir un riesgo previsto en el contrato, la duda se podría plantear respecto de si las empresas podrían ser indemnizadas por la vía del “enriquecimiento injusto” de la Administración. ■

13. Y otras muchas referidas a distintos itinerarios de transporte de correo que han sido dictadas durante el año 2004.

14. Alberto Ruiz Ojeda, *Derecho de la contratación pública y regulada*, Civitas 2004.

15. En contra de este carácter extracontractual, la STS de 6 de mayo de 1999 (RJ 1999/4301).

5 PRESENTACIÓN

7 ESTUDIOS

JORNADA SOBRE LOS NUEVOS DESARROLLOS NORMATIVOS EN MATERIA DE VIVIENDA Y URBANISMO

- 7 1. Estructura y objetivos de la Jornada sobre los Nuevos Desarrollos Normativos en Materia de Vivienda y Urbanismo
Juli Ponce Solé
- 10 2. Inauguración de la jornada
Salvador Milà i Solsona
- 13 3. Bases de reflexión para una política de vivienda en Cataluña
Carme Trilla i Bellart
- 18 4. Medidas legislativas para una nueva política de vivienda
Dolores Clavell Nadal
- 23 5. El nivel estatal y la vivienda y el urbanismo
Marcos Vaquer Caballería
- 29 6. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Aragón
Julio César Tejedor Bielsa
- 39 7. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Navarra
Martín M.ª Razquin Lizarraga
- 46 8. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Cataluña
Domènec Sibira i Jornàs
- 73 9. Patrimonios públicos del suelo y vivienda
José M.ª Baño Ledo
- 79 10. La gestión de servicios públicos mediante una sociedad de capital íntegramente público y mediante una sociedad mixta
Francisco Sosa Wagner
- 96 11. El requisito de publicación de los planes urbanísticos como condición de validez de las actuaciones administrativas. Tipología de situaciones
Segundo Menéndez Pérez
- 115 12. Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea
David Ordóñez Solís
- 142 13. Aspectos generales del principio de precaución y su incidencia en el ámbito local
Dimitry Berberoff Ayuda
- 151 14. Dos aspectos del régimen jurídico de las policías locales en España: las funciones y la organización
Javier Barcelona Llop
- 165 15. El asedio inmobiliario. La dejación de obligaciones del propietario. Marco jurídico y posición de la Administración local
Romà Miró Miró
- 173 16. Nuevas tendencias sobre la inactividad administrativa en la aplicación de las sanciones ambientales
Àlex Perálver i Cabré
- 186 17. La nueva estructura de la función pública local: la creación de la Subescala de Gestión Administrativa y su incidencia en la promoción interna local
Rosa María Martín-Romo Capilla
- 191 CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA
- 192 A) Jurisdicción constitucional
- 200 B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- 203 C) Jurisdicción contencioso-administrativa
- 231 D) Jurisdicción penal
- 238 E) Jurisdicción civil
Domènec Sibira i Jornàs
Eva Arnal Arasa
- 246 F) Comentarios a la jurisprudencia en materia de contratación de las administraciones públicas
Julia Fajardo García