

Cuadernos de Derecho Local

número

14

Junio de 2007

QDOL



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

FRANCESC GIL LLUCH ☎ 932 095 705

PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

SIDIGRAF, S.L. ☎ 933 052 450

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



Alejandro Nieto

Catedrático de Derecho Administrativo

Javier García Roca

Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Complutense de Madrid.
Letrado excedente del Tribunal Constitucional

José María Gimeno Feliu

Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Facultad de Derecho de
la Universidad de Zaragoza

Manuel Táboas Bentanachs

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

Emilio Aragonés Beltrán

Magistrado

Dimitry Berberoff Ayuda

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

Domènec Sibina Tomàs

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

Domènec Sibina Tomàs

Eva Arnal Arasa

Abogada

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 7

**Régimen sancionador de las administraciones públicas:
últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivador
del Derecho Administrativo Sancionador 7**

**La primera sentencia constitucional sobre el conflicto
en defensa de la autonomía local (STC 240/2006):
una ocasión perdida 14**

**Las fuentes normativas en materia de contratación local.
El estado de la cuestión 24**

**Una observación de los convenios urbanísticos desde el
Derecho Urbanístico de Cataluña 57**

**Las haciendas locales en el Estatuto de autonomía
de Cataluña 71**

Medio ambiente y planeamiento urbanístico 99

**Deber de conservación y rehabilitación de los inmuebles
y derecho de realojamiento y retorno. Su interrelación
con el acoso inmobiliario 121**

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 147

A) Jurisdicción constitucional 148

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 156

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 158

D) Jurisdicción contencioso-administrativa 163

E) Jurisdicción civil 189

F) Jurisdicción penal 197

Iniciamos los estudios de este número 14 del QDL con el artículo de Alejandro Nieto, “Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador”. El autor explica cómo el Derecho Administrativo Sancionador moderno se había colocado en la estela del Derecho Penal (con la inevitable consecuencia de que el aparato empezó a bloquearse, ya que con toda evidencia no se podía manejar con instrumentos sustancialmente penalísticos), dejándose arrastrar por él, a pesar de que nadie dudaba de la singularidad de los aspectos procedimentales y de que la potestad sancionadora administrativa se ejerce de acuerdo con un esquema que nada tiene que ver con el penal. Con satisfacción advierte y explica que en estos momentos se ha producido lo que denomina el “giro administrativo”, en el que la clave del sistema administrativo sancionador ya no se encuentra en el daño sino en el riesgo, no en la represión sino en la prevención, y en el que el objetivo es la protección y defensa de los intereses públicos y generales, operando la ley y el Derecho como un límite del ejercicio de su actividad, no como un fin de contenido propio. Todo ello ha alterado reglas introducidas como adaptación del Derecho Administrativo a los principios del Derecho Penal en materias diversas: la tipificación de infracciones y sanciones por medio de ordenanzas locales; el alcance de los principios de legalidad y reserva de ley; la culpabilidad o la teoría elaborada en torno a la prohibición de *bis in idem*.

Javier García Roca, en el artículo “La primera sentencia constitucional sobre el conflicto en defensa de la autonomía local (STC 240/2006): una ocasión perdida”, realiza unas consideraciones generales sobre la incidencia del conflicto en defensa de la autonomía local en una nueva comprensión y régimen jurídico de la autonomía local; un comentario de la STC 240/2006, de 20 de julio, que inaugura esta vía procesal, y algunas reflexiones sobre qué podría hacerse en el futuro. La sentencia desestima el conflicto local promovido por la ciudad de Ceuta contra el artículo 68 de la Ley de acompañamiento de 1999 que modificó la Ley del suelo de 1998 para atribuir al Ministerio de Fomento la facultad de aprobar con carácter definitivo los planes generales de ordenación urbana de las ciudades de Ceuta y Melilla y sus modificaciones, así como la facultad de emitir informe preceptivo y vinculante sobre la aprobación definitiva de los planes parciales. En opinión del autor, la sentencia no resulta plenamente convincente ni en el fondo del asunto, probablemente, ni, desde luego, en los aspectos procesales. El Tribunal vuelve a ofrecer más de lo mismo, volvemos a tener más garantía institucional, así como una lectura literal y formalista de las leyes “de destinatario único”, a efectos de legitimación activa, y en general de las normas de procedimiento y, sobre todo, un nulo esfuerzo por identificar y construir un bloque de la constitucionalidad local, que es la faceta que, al autor, le parece más preocupante.

José María Gimeno Feliu, en “Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión”, reflexiona sobre las principales consecuencias que para nuestro ordenamiento jurídico y práctica administrativa se derivan de las nuevas reglas derivadas de lo que se ha venido a denominar el *nuevo paquete legislativo*, que incorpora las nuevas directivas comunitarias en materia de contratación pública, y tienen como fecha de transposición límite el 31 de enero de 2006, plazo no cumplido. La reforma comunitaria acredita que la contratación pública no constituye exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, y que debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada, que exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato. A la vista de este paquete legislativo comunitario, finaliza el artículo con una valoración crítica del Proyecto de ley de contratos del sector público.

Manuel Táboas Bentanachs, magistrado, publica “Una observación de los convenios urbanísticos desde el Derecho Urbanístico de Cataluña”, artículo en el que hace un repaso sistemático de toda la tipología de convenios urbanísticos, en especial, de los atípicos o no previstos en el ordenamiento. Examina los elementos personales, reales y formales; los elementos accidentales; la ausencia de previsión de garantías de su cumplimiento y de las consecuencias de su

incumplimiento; el reconocimiento jurisdiccional; la naturaleza jurídica; los límites; efectos; cumplimiento voluntario e incumplimiento de los convenios urbanísticos; ejercicio de acciones, y el cumplimiento forzoso de los convenios urbanísticos. Todo ello se acompaña de la relación de sentencias sobre al materia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Emilio Argonés Beltrán y Dimitry Berberoff, dos magistrados colaboradores habituales de la revista, publican, respectivamente, "Las haciendas locales en el Estatuto de autonomía de Cataluña" y "Medio ambiente y planeamiento urbanístico". El último trabajo publicado es el relativo al "Deber de conservación y rehabilitación de los inmuebles y derecho de realojamiento y retorno. Su interrelación con el acoso inmobiliario".

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

Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador

Alejandro Nieto
Catedrático de Derecho Administrativo

1. El "giro administrativo" en el proceso de sustantivación del Derecho Administrativo Sancionador.
2. La permanente cuestión del contraste entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.
3. Consecuencias del giro administrativo.
4. Del daño al riesgo.
5. De la defensa de los derechos individuales a la de los intereses públicos y generales.
6. Fraccionamiento.
7. La vuelta del péndulo.

Es probable que muchos de ustedes, a la vista de su título formal aparentemente inequívoco, crean que en esta conferencia va a procederse a una “puesta al día” de las novedades legislativas y jurisprudenciales exigidas durante el año 2006: una tarea que sería, desde luego, útil para los oyentes en unos tiempos en los que la avalancha de novedades de todo tipo tan difícil hace a los juristas prácticos “estar al día”.

Si éstas son sus expectativas, vaya por adelantado, entonces, que he de defraudarles, puesto que mi intención no es realizar un barrido de las novedades del último año, sino algo mucho más serio, aunque sea perjudicando el interés “práctico” inmediato de mi intervención. Ha llegado, en mi opinión, un momento de detenerse para reflexionar sobre lo sustancial por encima del tráfico de cada día. Vamos a pensar en lo que actualmente significa el Derecho Administrativo Sancionador dentro de nuestro Derecho Administrativo e incluso dentro del Derecho a secas. Una tarea que hoy resulta natural, pero que hace apenas veinte años hubiera parecido sorprendente: así de deprisa hemos avanzado en este punto.

1. El “giro administrativo” en el proceso de sustantivación del Derecho Administrativo Sancionador

En 1992, en la primera edición de mi libro *Derecho Administrativo Sancionador*, se formuló la tesis de que el Derecho Administrativo Sancionador español, hasta entonces considerado como una hijuela del Derecho Penal en cuanto construido exclusivamente con materiales tomados de éste, no tardaría en adquirir sustantividad propia y que su destino pasaba por su previsible e inevitable administrativización. En definitiva, se diseñaba un árbol genético que partiendo del Derecho Público Constitucional formaba el tronco específico del Derecho Punitivo Público, que luego se desdoblaba en dos ramas: la del Derecho Penal y la del Derecho Administrativo Sancionador.

En los catorce años que desde entonces han transcurrido, lo que en 1993 parecía mero voluntarismo, o a todo lo más simple conjetura, se ha materializado con rapidez insospechada en una realidad, hasta tal punto que hoy sí puede hablarse ya de un Derecho Administrativo Sancionador en sentido propio. Los balbuceos iniciales quedan ya lejos, las vacilaciones juveniles van superándose y ha entrado sin duda en la mayoría de edad.

Una declaración que no debe entenderse como triunfalista, y ni siquiera como autosatisfactoria, puesto que hay que ser conscientes del largo camino que aún queda por recorrer, de los ensayos frustrados y de las excesivas contradicciones que se padecen. La verdad es que la mayor parte de las cuestiones importantes están sin solucionar, pero lo que

importa es que ya están planteándose correctamente y, si esto es así, la solución vendrá antes temprano que tarde. Aquí ha tenido lugar lo que denomino el “giro administrativo” de la evolución del Derecho Administrativo Sancionador. Porque, como es sabido, esta rama del Derecho, que en el actual Estado democrático había nacido a la sombra del Derecho Constitucional y se había estado desarrollando de la mano y bajo la tutela del Derecho Penal, poco a poco, al principio tímidamente y luego en progresión acelerada, ha ido adquiriendo una sustancia administrativa que le ha permitido, no ciertamente independizarse, pero sí encontrar su propia identidad en el lugar que le corresponde.

Sobre los aspectos procedimentales no hace falta detenerse, dado que siempre han sido administrativos desde su mismo origen: administrativo es el procedimiento sancionador y contencioso-administrativa la jurisdicción revisora de las sanciones. Este régimen, que a los españoles nos parece obvio, dista mucho de serlo, ya que caben otros modelos alternativos igualmente plausibles, por ejemplo, que el procedimiento sea judicial desde el principio o que la revisión de los actos administrativos sancionadores sea realizada por tribunales penales.

De la misma manera que también ha sido originalmente administrativa la potestad sancionadora, así como el alcance de su ejercicio, de acuerdo con un esquema que nada tiene que ver con el penal. Porque los jueces penales sólo están para reprimir delitos derivados de una legislación que les es ajena, a diferencia de lo que sucede en el otro ámbito, en el que la Administración es directamente la ejecutora de unas normas, que no le son ajenas puesto que colabora en su formación a través de los reglamentos y, sobre todo, porque gestiona los intereses públicos y generales. La Administración es, en suma, un gestor –y un gestor no sólo de normas sino en primer término de intereses– y únicamente reprime de forma marginal, como un subproducto –mejor, como un complemento– de su actividad esencial de gestión.

Con esta diversidad de presupuestos, radicalmente separados, lo que asombra entonces es la servidumbre penal que ha padecido hasta ahora el Derecho Administrativo Sancionador. Extraño fenómeno que quizás pueda explicarse por la absoluta pobreza teórica en los años en que se aprobó la Constitución y por su cerrazón ideológica. La servidumbre técnica a la que le sometió el Tribunal Constitucional bajo determinados principios penales de rango constitucional ya es menos justificable, puesto que responde a una exacerbación ideológica más propia de políticos demagógicos que de magistrados prudentes. Por ello, sorprende más todavía que los excesos dogmáticos (sumisión ciega a los principios de legalidad, reserva

legal, mandato de tipificación, culpabilidad, *non bis in idem*) fueran obra del Tribunal Constitucional y no de la Constitución misma, mucho más mesurada –con su enigmático silencio– en este punto.

Sea como fuere, el hecho es que el Derecho Administrativo moderno se colocó en la estela del Derecho Penal dejándose arrastrar por él. Con la inevitable consecuencia de que el aparato empezó a bloquearse, ya que con toda evidencia no se podía manejar con instrumentos sustancialmente penalísticos una realidad como la de las infracciones administrativas, tan distintas de las penales.

Para rectificar el error de esta perspectiva se ofrecía a los tribunales dos posibilidades: la de “adaptar” los principios penales a la realidad administrativa y la de abandonar tales principios para seguir una vía administrativa propia. Dos opciones en el fondo complementarias, que han desembocado en una situación nueva.

a) Hay dos materias, por lo pronto, en las que el proceso ya se ha consumado por completo. La tipificación de infracciones y sanciones por medio de ordenanzas locales tiene un régimen propio, rigurosamente administrativo, que ha roto hasta sus últimas amarras con el Derecho Penal. Y lo mismo ha sucedido con las modalidades de prescripción, aunque ésta sea una cuestión casi marginal y muy fácil de llevar a cabo a través de una simple intervención legislativa.

b) El alcance de los principios de legalidad y reserva legal es muy distinto en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador, puesto que en éste –una vez superadas las graves reticencias iniciales– se ha terminado aceptando con naturalidad la colaboración reglamentaria indirecta (de la que en el Código Penal sólo hay unos raros ejemplos). Aquí lo importante es, sin embargo, subrayar que todo el principio está en crisis, al borde del naufragio, puesto que se ha comprobado que, si se aplica rigurosamente en el ámbito de los ilícitos administrativos, se dificulta gravemente la operatividad de la gestión administrativa.

c) El régimen general de la reserva legal y de la tipificación se ha “ablandado” hasta extremos hace poco inimaginables, y el nivel de exigencia se reduce ahora a la determinación de unos “mínimos de antijuricidad” y de unos criterios –que de hecho pueden ser muy vagos– para orientar el desarrollo reglamentario.

d) Por lo que se refiere a la culpabilidad, aquí ha habido un perceptible giro administrativo, un cambio sustancial del panorama penal desde el momento en que se ha impuesto la variante de la mera inobservancia y se ha empezado a resquebrajar la presunción de inocencia.

e) La teoría elaborada en torno a la prohibición de *bis in idem* puede calificarse sin ambages de rudi-

mentaria y contrasta con la posición normativa legal. Es en esta materia donde probablemente se encuentre más atrasado el proceso de administrativización, que ni siquiera se ha iniciado seriamente, aunque ya existe una técnica que, debidamente explotada, puede ser muy fértil: la distinción a efectos sancionadores entre hecho y acción.

f) Para mí, con todo, el punto más oscuro –y desde luego el dato más incongruente de la situación– es la descoordinación entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Administrativo material, puesto que éste sigue considerando a aquél como un anejo incómodo, la “cara antipática” de una actuación administrativa que tiende cada vez más a hacerse atractiva a los ciudadanos. Las leyes sectoriales cumplen con evidente desgana –que se manifiesta en ocasiones en graves deficiencias– el rito de añadir una coda de tipificaciones infractoras y sancionadoras. El legislador no quiere comprender que las medidas sancionadoras no son externas a las actividades materiales, sino que deben integrarse en ellas como un intento más –junto con las medidas de fomento, preventivas y cautelares– de la eficacia administrativa. Las infracciones que protegen la limpieza viaria no valen de nada si no van acompañadas de la instalación de papeleras y la defraudación fiscal no se evita tanto con inspecciones y multas como con campañas de ilustración fiscal y con la colaboración de funcionarios dispuestos a ayudar a los contribuyentes de buena voluntad.

g) Por lo demás, este proceso de sustantivación se ha reflejado, como no podía ser menos, en la actitud de la doctrina. El campo ha sido ocupado con naturalidad y abrumadora mayoría por los autores administrativistas, mientras que los penalistas, conscientes de que ya han cumplido su labor inicial de remolque en su momento imprescindible, se han retirado posteriormente y de manera ostensible a segunda fila.

2. La permanente cuestión del contraste entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador

El Derecho Administrativo Sancionador encuentra su identidad cuando consigue determinar con precisión lo que lo separa del Derecho Penal y –superando la vieja y aburrida cuestión de sus diferencias– demuestra así que no es una simple hijuela de éste, a la manera de un Derecho Penal de bagatela o de segunda categoría. Pues bien, lo que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen actualmente de común –que es mucho, aunque cada día menos– no es una servidumbre de éste sobre aquél sino una herencia de la Constitución, que ambos comparten aunque luego cada uno la ha ido administrando de manera distinta.

a) Por lo pronto, el Derecho Administrativo Sancionador es el “brazo armado” de una Administración pública, entendida como gestión de intereses y servicios públicos. Los fines últimos y el marco normativo de esta gestión le vienen dados desde fuera, desde el Legislativo, pero su correcta realización es de su propia responsabilidad y, al colaborar reglamentariamente con las leyes, resulta que la actuación represiva forma parte de la gestión, a diferencia de lo que sucede con los jueces penales, que para nada pueden intervenir en las normas que están manejando.

b) Desde el punto de vista técnico-estructural, las normas del Derecho Administrativo Sancionador son inseparables de las normas legales y administrativas que establecen mandatos y prohibiciones. La infracción administrativa consiste en un incumplimiento o desobediencia de algo que está mandado o prohibido. El delito, en cambio, es la realización a través de una acción u omisión de un tipo normativo en el que sólo implícitamente pueden verse órdenes o prohibiciones.

c) El Derecho Penal es un Derecho represor, los jueces retribuyen con una pena a los delincuentes, mientras que el fin último del Derecho Administrativo Sancionador es la prevención de las infracciones.

d) En el mar sin orillas de los ilícitos administrativos cada vez cobra mayor importancia la complejidad orgánica de los entes infractores y la complejidad tecnológica de las acciones infractoras y de las posibilidades de su impunidad.

3. Consecuencias del giro administrativo

Cuanto acaba de decirse es cosa sabida y por ello no vale la pena detenerse en estos puntos, pues parece más importante fijar la atención en otros más novedosos –el traslado del daño al riesgo en el centro de gravedad de la institución, el paso de la defensa de los intereses individuales a la de los intereses públicos y generales y, en fin, el fraccionamiento normativo–, que se encuentran fomentados por una sonora descriminalización de los ilícitos, como la que tuvo lugar en la revisión del Código Penal de 1995.

Tal como éste advierte en su exposición de motivos, “se venía operando con la idea de que el Código Penal constituye una regulación completa del poder punitivo del Estado. La realización de esta idea partía ya de un déficit, dada la importancia que en nuestro país reviste la potestad sancionadora de la Administración; pero, además, resultaba innecesaria y perturbadora”. Y así es como se devolvieron al Derecho Administrativo Sancionador los tipos que había hecho suyos indebidamente el Derecho Penal.

4. Del daño al riesgo

En la figura tradicional del ilícito aparece un daño como elemento central que se castigaba y que tenía, además, un efecto psicológico secundario: la disuasión mediante el dolor con objeto de que el infractor no repitiera su acción. En definitiva, puro conductismo, ya que así se adiestra en las escuelas a los perros guardianes y a las ratas en los laboratorios de investigación. La multa impuesta por el Ministerio de Hacienda hará pensar dos veces al infractor antes de volver a cometer una defraudación fiscal.

Esto es cierto, desde luego, pero se trata de una observación parcial, ya que en la actualidad la clave del sistema administrativo sancionador no se encuentra en el daño sino en el riesgo, no en la represión sino en la prevención (que no es un mero efecto colateral). La verdad es que hasta hace poco el Derecho Administrativo Sancionador vivía en el hueco que le hacían sus dos poderosos vecinos: el Derecho Penal, por un lado, y el Derecho civil de responsabilidad, por otro. Hoy, en cambio, la orientación hacia el riesgo le permite afirmarse en terreno propio porque la prevención del riesgo es cosa del Derecho Administrativo y su represión, del Derecho Administrativo Sancionador.

La respuesta jurídica al daño es la responsabilidad económica, de naturaleza sustancialmente civil, aunque pueda derivarse de una ilicitud administrativa o de un delito. En estos últimos casos, la sanción no es una alternativa a la indemnización sino un complemento. En la actualidad, y cada día en mayor medida, el riesgo es el protagonista del Derecho Administrativo Sancionador, desplazando al daño a segunda fila. El circular con semáforo rojo constituye una infracción aunque no se produzca accidente alguno; mientras que pueden producirse accidentes y daños indemnizables aun respetando escrupulosamente las señales de tráfico.

Las aglomeraciones humanas y el desarrollo tecnológico han producido la “sociedad de riesgo” en que vivimos. Hoy no nos atemoriza tanto la naturaleza (el frío, los animales venenosos y depredadores, los terremotos) como las conductas de los demás hombres, y más que por sus actos de violencia por los riesgos que sin intención, o con ella, provocan (contaminaciones, contagios, accidentes). La situación ha llegado a un punto crítico que ya no permite que el Estado y el Derecho entren en acción únicamente para regular e imponer indemnizaciones por los daños, sino que los obliga a intervenir antes de que el daño se haya producido. De lo que se trata ahora fundamentalmente es de prevenir los daños mediante la eliminación –o al menos reducción– de los riesgos, a cuyo efecto se ha puesto en marcha una política pública preventivo-represiva, que se desarrolla en varias fases. La primera consiste en una

regulación poco menos que global de las actividades de los particulares, que se completa con inspecciones permanentes y culmina en unas sanciones cuando se constata la infracción de lo regulado. El Derecho Administrativo Sancionador es, por tanto, un elemento en la realización de esta política. De esta manera, hemos llegado a un punto en el que el Estado ha asumido el papel de garante de un funcionamiento social inocuo y el Derecho Administrativo –e indirectamente el Derecho Administrativo Sancionador– se ha convertido en un instrumento de prevención de riesgos. Una sociedad de riesgo exige la presencia de un Estado gestor de tal riesgo y, eventualmente, de un Derecho reductor del mismo.

Ahora bien, el significado del riesgo no puede analizarse en términos generales, habida cuenta de que sus dos modalidades –abstracto y concreto– tienen una relevancia jurídica muy distinta.

a) El riesgo abstracto es el riesgo potencial producido por una acción u omisión independientemente de que se realice, o no, en el momento de la comisión. El no respetar un semáforo produce un riesgo abstracto, aunque en unas circunstancias determinadas (por ejemplo, en un día y hora en que no hay tráfico y además la visibilidad es perfecta) no se produzca riesgo alguno concreto o real para las personas ni las cosas. Lo cual no tiene, sin embargo, relevancia porque lo que el legislador aquí desvalora es la producción de riesgo potencial o abstracto.

La aceptación de tal figura ha provocado un verdadero cataclismo en el Derecho Administrativo Sancionador desde el momento en que se exige responsabilidad en ausencia de daños y aun de riesgo concreto. Porque la infracción es consecuencia exclusiva de la mera inobservancia de un precepto, con un notable descenso, además, del nivel de culpabilidad. Es infracción tener una escopeta de caza sin licencia aunque nunca se haya salido al campo a cazar y ni siquiera se tengan cartuchos en casa. Con esta arma herrumbrosa abandonada en el desván y sin munición no se crea peligro concreto alguno; pero ello no evita la infracción administrativa, al no haber obtenido la licencia de armas. El riesgo abstracto, en definitiva, es el punto por donde se pasa del Derecho Administrativo Sancionador de culpa al de mera inobservancia.

b) El régimen de las infracciones de peligro concreto es totalmente diferente del anterior. El artículo 1.1 de la Ley de tráfico previene que “los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos”. Aquí la infracción no consiste en una mera inobservancia, no basta la constatación mecánica de un incumplimiento de la normativa, sino que se precisa una valoración concreta de lo sucedido. Es decir, que la decisión originaria está en manos de la Administración, que es la que constata y valora la existencia del peligro concreto.

5. De la defensa de los derechos individuales a la de los intereses públicos y generales

El Derecho Administrativo Sancionador moderno –contaminado, sin duda, por las preocupaciones ideológicas constitucionales y por la tradición penalista– se autoproclamó de inmediato defensor a ultranza de los derechos y garantías individuales, no descuidados ciertamente en la época anterior, pero a los que no se había dado la importancia que merecían, al menos en la materia de orden público. Actitud loable, desde luego, pero sesgada y parcial habida cuenta de que por imperativo constitucional la tarea primordial de la Administración es la *gestión* (y defensa) de los intereses públicos y generales; lo que en absoluto corresponde a los tribunales de justicia sometidos “únicamente” a la ley y al Derecho.

Vistas así las cosas, resulta difícil entender la perceptible (aunque no absoluta) indiferencia del Derecho Administrativo Sancionador moderno respecto de los intereses públicos y generales, potenciada por la circunstancia de su elaboración pretoriana, es decir, obra de los jueces, olvidando que la potestad sancionadora donde reside es en la Administración y no en los jueces de control (obsesionados de ordinario por la pretensión de los derechos individuales, de los que se consideran los supremos defensores y garantes). La aberración ha consistido entonces en mirar el fenómeno con los ojos del controlador, no del gestor, atendiendo casi exclusivamente a las disfunciones y arbitrariedades producidas en la instancia administrativa.

El progreso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador ha de conducir inevitablemente a una mayor atención de la actividad administrativa originaria, es decir, a la protección de los intereses generales, sin perjuicio del respeto a la ley. Esto es obligado porque de otra suerte –y tal como está sucediendo ya– se confunde el objetivo con el instrumento. Para los jueces, y en especial tratándose de la jurisdicción penal, la legalidad es la defensa de los derechos y garantías de quienes han atacado los bienes jurídicamente protegidos; mientras que para la Administración, y muy particularmente en su vertiente sancionadora, el objetivo es la protección y defensa de los intereses públicos y generales, operando la ley y el Derecho como un límite del ejercicio de su actividad, no como un fin de contenido propio. Hay que recuperar, por tanto, ese objetivo fundamental, pues en otro caso no valdría la pena haber otorgado a la Administración la potestad sancionadora y sería más propio encomendársela directamente a los tribunales.

Una recuperación que se facilita cuando el Derecho Administrativo Sancionador recobra su sustancia administrativa y abandona el mimetismo judicial que

actualmente practica. Al Derecho Administrativo Sancionador no le es lícito desconocer los derechos e intereses de los particulares, pero mucho menos perder de vista que su objetivo fundamental es la protección y defensa de los intereses públicos y generales.

6. Fraccionamiento

El “giro administrativo” también ha venido acompañado de una dinámica centrífuga que no puede sorprender a nadie porque es consustancial con la realidad administrativa, cada vez más fraccionada. Frente a la rigurosa unidad del Derecho Penal, anclado constitucionalmente en el Estado, la potestad administrativa sancionadora tiende a fraccionarse en los niveles de las comunidades autónomas y de los entes locales (por citar sólo a los más importantes), que tienden igualmente por su parte a separarse todavía más tanto en lo normativo como en la ejecución. Mientras que en el terreno material la desbordante actividad administrativa ha abierto tanto el abanico de su contenido que hoy cabe preguntarse hasta qué punto puede hablarse de un solo Derecho Administrativo Sancionador y no de tantos como sectores ordinamentales existen con características individualizadas. Piénsese en el caso del fiscal, del orden social, tráfico y policía, que son los de mayor tradición, a los que se van sumando otros menos venerables quizás pero igualmente importantes, como el medioambiental, urbanístico, sanitario y muchos más que les van siguiendo.

En estas condiciones empieza a cobrar el Derecho Administrativo Sancionador actual un sentido inédito, al que ahora se le pide no ya una regulación completa de la materia, sino una red conceptual y normativa que coordine el funcionamiento de estos derechos –en plural– que se entrecruzan material y territorialmente. La Ley de procedimiento administrativo común, adelantándose intuitivamente a este proceso, resolvió la cuestión a través de las técnicas de los “principios” y de las “bases” que pueden permitir la unidad dentro de la variedad, remitiéndose tanto a las normas territoriales como a las sectoriales.

7. La vuelta del péndulo

Sin perjuicio de lo anterior, en los últimos años ha tenido lugar una evolución inesperada: la tendencia a la despenalización, que parecía irreversible, se ha cortado bruscamente con la criminalización de conductas que venían constituyendo desde siempre inequívocos ilícitos administrativos. Un movimiento pendular, por tanto, que no deja de ofrecer contradicciones severas.

Un buen ejemplo de tal tendencia es el de los nuevos delitos urbanísticos y los problemas que han traído consigo.

a) El Código Penal vigente ha seleccionado algunos ilícitos urbanísticos –en realidad, sólo dos– y los ha elevado a la categoría de delitos en su artículo 119. Pero ¿por qué sólo dos? Esto es algo que nadie ha conseguido entender, ni se ha expresado nunca, ni oficial ni doctrinalmente, una explicación satisfactoria.

b) Lo peor del caso es que la criminalización de las conductas no ha implicado su exclusión de la lista de las infracciones administrativas, de tal manera que las mismas son *al tiempo* delito e infracción. Abriéndose con ello la “doble vía” de la represión, que tantas y tan insuperables dificultades arrastra.

c) La coordinación de las dos vías no está lograda, ni mucho menos. La represión administrativa se detiene y se remite a la vía penal, donde con frecuencia se duerme literalmente y nos quedamos sin una y sin otra. Además, una vez que el juez ha resuelto surgen nuevos problemas porque en determinadas condiciones puede volver la competencia a la Administración que habrá de enfrentarse a las espinosas cuestiones del *non bis in idem* en sus múltiples modalidades.

d) En esta vía penal –tan frívolamente recuperada– emergen inevitablemente las cuestiones prejudiciales, sean devolutivas o no (artículos 3 y 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal): si es devolutiva, puede eternizarse la cuestión en los recovecos del proceso contencioso-administrativo (que tan difícil encaje tiene aquí al no haber un acto administrativo impugnado), y por ellos los infractores se acogen a ella muy gustosamente; y si no es devolutiva, la resuelve el juez penal, que desgraciadamente no suele ser competente técnicamente para ello. Con este simple dilema puede explicarse ya el fracaso del sistema.

e) El primer pretexto de la novedad introducida es el de la ejemplaridad de la dureza penal, que se supone basta por sí sola para desestimular a los eventuales infractores. Ahora bien, la realidad es muy distinta, puesto que la experiencia indica que la simple amenaza de un castigo terrible, pero improbable, no desestimula a nadie, como comprobamos en España cuando en la posguerra se estableció la pena de muerte para el estraperlo: un castigo tan desmesurado y proporcionado al que nadie hizo caso. Por decirlo con palabras de Beccaria, “la certidumbre de un castigo, aunque sea moderado, hace siempre más impresión que el temor de otro más terrible si va unida a la esperanza de la impunidad”.

f) Existe un segundo pretexto relacionado con el anterior. El sistema sancionador administrativo –se dice– ha sido un fracaso, y por lo tanto conviene introducir otro alternativo más eficaz. Cierto es, en verdad, el fracaso denunciado, pero con el transcurso

de los años se ha podido comprobar que el fracaso de la represión penal es aún más estrepitoso.

En estas condiciones, cabe preguntarse por el sentido de una reforma legislativa, de la que sus autores tuvieron conciencia desde el primer momento de que no podía ser eficaz. Este caso no es único ni mucho menos y los autores han acuñado el término de "Derecho Penal simbólico", con cuyas normas se pretende –literalmente– "hacer que se hace", es decir, dar una respuesta normativa sin pretender que sea eficaz, sino únicamente para responder a las presiones sociales que exigen una medida o reacción del poder público.

Yo suscribo este concepto, que también suele denominarse "Derecho ornamental", bien conocido por los administrativistas. Pero creo que nuestro caso es aún más grave, puesto que no se trata sólo de un Derecho inútil, sino de un Derecho perjudicial, dado que, en mi opinión, estas normas actúan como un auténtico "cortafuegos" para impedir la acción de la represión administrativa. Porque en el supuesto de que se pone en marcha un procedimiento sancionador en serio (lo que desde luego no es frecuente), los infractores, con la colaboración del Ministerio Fiscal, pueden pararlo sin más trabajo que iniciar unas diligencias penales que, después de paralizar fulminantemente las actuaciones administrativas, se pierden en el polvo de los archivos. A la experiencia me remito y a la práctica de los infractores de insistir en la vía penal, cuyas ventajas conocen de sobra, dado que, a cambio de una amenaza mayor, reducen las posibilidades reales de condena.

Las consideraciones anteriores, que he mantenido siempre, parecen tambalearse por lo que está sucediendo en España en los últimos meses, en los que, al fin y al cabo de más de diez años de vigencia del Código Penal, se han iniciado diligencias penales en serie. Hecho que algunos interpretan como una prueba de la eficacia de la represión penal. Mi punto de vista es a este propósito completamente distinto, pero no es éste ni el lugar ni la hora de abordar un análisis que nos llevaría demasiado tiempo y que habrá que posponer para otro momento. ■

La primera sentencia constitucional sobre el conflicto en defensa de la autonomía local (STC 240/2006): una ocasión perdida¹

1. El encaje de la reforma procesal dentro del artículo 161.1.d) de la CE “de las demás materias que le atribuyan [...] las leyes orgánicas”: un nuevo proceso constitucional.
2. La naturaleza jurídica de Ceuta como ciudad autónoma y su extraña legitimación por cocientes según el artículo 75.ter.1.b) de la LOTC.
3. La lesión de la autonomía local constitucionalmente garantizada es el único “motivo de inconstitucionalidad”.
4. Seguimos sin precisar cuál es el bloque de la constitucionalidad local.

Javier García Roca
*Catedrático de Derecho Constitucional de
la Universidad Complutense de Madrid.
Letrado excedente del Tribunal Constitucional*

1. He preferido mantener en este texto escrito el tono más provocador e informal –y también menos preciso– de mis notas manuscritas, pensadas para la intervención oral en una mesa redonda, orga-

nizada por la Fundación Democracia y Gobierno Local, y encaminadas sustancialmente a propiciar el debate y la discusión entre especialistas.

Quisiera hacer tres cosas en un orden sucesivo a lo largo de mi breve intervención en esta mesa redonda: A) unas consideraciones generales sobre la incidencia del conflicto en defensa de la autonomía local en una nueva comprensión y régimen jurídico de la autonomía local; B) un sucinto comentario o primera lectura de la STC 240/2006, de 20 de julio, que inaugura esta vía procesal, y C), por último, algunas reflexiones sobre qué podría hacerse en el futuro.

A) Me parece que este nuevo y discutido conflicto, introducido en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) por la Ley orgánica 7/1999, de 21 de abril, puede haber tenido cierta eficacia transformadora de la autonomía local, de forma indirecta o refleja, al propiciar una interpretación constitucional diferente a la tradicional y legista, puesto que abre por primera vez la puerta a un control de constitucionalidad de las invasiones o interferencias competenciales, generadas por las leyes, a instancias de los propios titulares de esa autonomía. Esto era muy nuevo entre nosotros y es importante por sí mismo. La cuestión no puede verse desde una perspectiva chata y ligada exclusivamente al Derecho Procesal Constitucional y a las deficiencias de procedimiento.

El conflicto en defensa de la autonomía local supuso un histórico punto de inflexión en el tratamiento de la misma entre nosotros, una distinta filosofía, y, como tal, ha tenido una eficacia simbólica y política en el municipalismo. Sin esta modificación procesal, que entraña un reconocimiento expreso dentro del bloque de la constitucionalidad de que la autonomía local nace de la Constitución y no sólo de la Ley de bases de régimen local (en adelante, LBRL), difícilmente podría explicarse, v. gr., el nuevo Anteproyecto de ley del gobierno y la administración local que en esta VIII Legislatura se ha redactado con cuidado por el Ministerio de Administraciones Públicas tras discutirse a lo largo de más de dos años con sucesivos interlocutores y expertos.²

Un anteproyecto que responde a una nueva filosofía, garantista de la autonomía de las entidades locales y, a la par, realmente básica o respetuosa con las competencias de las comunidades autónomas. Se trata de adelgazar los contenidos de la Ley de bases estatal para permitir una configuración de esa autonomía por los estatutos, así como su posterior desarrollo y concreción en las respectivas leyes de régimen local de cada comunidad autónoma, según demanda la lógica inherente a un pluralismo de base territorial y a las muy diversas situaciones de municipi-

pios y provincias en cada comunidad. La idea central consiste en convertir al municipio verdaderamente en ese ente bifronte que la doctrina del Tribunal Constitucional predica, y que hasta ahora realmente no ha sido, pero sin que deje de ser un ente configurado en sus bases por el Estado, según es nuestra específica tradición constitucional.

También supuso la Ley orgánica 7/1999 un impulso a un entendimiento más político y constitucional de la autonomía local por parte de la doctrina científica, superando viejas inercias preconstitucionales. Éste es ya un camino sin retorno entre nosotros. Todavía al principio de los noventa, subsistía en nuestra comunidad jurídica una absoluta falta de sensibilidad constitucional hacia la autonomía local, de forma parecida a lo acaecido en el pasado con otras materias como pueden ser la extranjería o el medio ambiente, que habían estado igualmente abandonadas a un tratamiento estrictamente administrativo y desprovisto de bases constitucionales. Durante décadas, se había olvidado la relevancia que tuvo el municipalismo para el primer constitucionalismo liberal y que siempre ha tenido en el federalismo y en cualquier sistema de descentralización política. La situación ha ido cambiando.

Pero el proceso que la LOTC diseña necesita reformas urgentes: es manifiestamente mejorable a la vista de las experiencias adquiridas. Es evidente y existe al respecto un amplio acuerdo doctrinal. La modificación de 1999 fue concebida como una obra de ingeniería constitucional ante el pie forzado provocado por la inconveniencia política de reformar la Constitución; las cosas, lamentablemente, además han empeorado, dado el cierre de las posibilidades de acceso a esta fuente del Derecho actualmente en España por la absoluta falta de consenso entre las dos fuerzas políticas mayoritarias, rasgo que constituye el problema jurídico más grave de nuestro ordenamiento. Con aquella limitación, la redacción del Anteproyecto de la ley tuvo que hacerse andando con el pie cambiado y de manera inevitablemente artificial para sortear la amenaza de encubrir la ley orgánica una reforma constitucional encubierta de la legitimación para recurrir las leyes prevista en el artículo 162.1 de la CE. Hubo algo en la reforma legal de provisional y transitorio tanto para superar momentáneamente un círculo de demasiadas ansiedades como para alejar la sospecha de inconstitucionalidad y mantener la voluntad de la Constitución.

Hubo recelos de los miembros del Tribunal Constitucional, que, obsesionados por el desbordamiento

2. Anteproyecto aprobado por la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios, pero todavía no por el Consejo de Ministros como proyecto, y que ha recibido el informe de la Comisión

Nacional de Administración Local y de la Conferencia Sectorial. No parece muy probable, sin embargo, que llegue a discutirse en sede parlamentaria esta legislación.

del amparo constitucional, no querían ni oír hablar de nuevas competencias ni de esta nueva materia ex artículo 161.1.d) de la CE que, a muchos magistrados, se antojaba estrictamente administrativa y escasamente susceptible de un control de constitucionalidad. De la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), que pretendió inicialmente el acceso en amparo –un “amparo local”– a la jurisdicción constitucional de todos los municipios y provincias, pero que bien es cierto se avino pronto a cualquier solución constitucionalmente posible.

En el contexto generado por el amplio número de municipios y el subsiguiente riesgo del desbordamiento del número de asuntos, los diversos especialistas que opinaron sobre qué hacer en la LOTC se circunscribieron, en su mayor parte, a intentar racionalizar las dimensiones del fenómeno, a causa de la desproporcionada planta municipal en España, con el fin de no incrementar las estructurales dilaciones indebidas del Tribunal que sólo el amparo constitucional provoca. Unas dilaciones que ahora quizás podrían estar cercanas a superarse –o cuando menos a mejorarse una vez que culmine un previsible largo período transitorio–, de aprobarse la reforma del trámite de admisión de ese recurso –la selección en positivo de asuntos con trascendencia constitucional– que contempla el Proyecto de reforma de la LOTC que se tramita actualmente en el Congreso.

Sin duda, por esta razón, la Ley fue muy selectiva con la legitimación activa y reguló un “conflicto por obstáculos” en el que los actores se ven obligados a sortear numerosos trámites y requisitos de difícil consecución en breves plazos, tratando de que no llegasen al Tribunal Constitucional excesivos litigios. Han sido finalmente unos catorce hasta nuestros días y siempre se habló en el debate de no más de una docena de demandas, de manera que los cálculos no se erraron. Puede que sí existiera algún error en la previsión de la enjundia de los asuntos que finalmente han arribado a Domenico Scarlatti demandando una interpretación constitucional, pues no estoy seguro de que la tengan en suficiencia todos los que se encuentran pendientes de enjuiciamiento. Habrá, sin embargo, que esperar a leer las sentencias, porque a veces casos difíciles hacen mal Derecho y, en cambio, litigios sencillos permiten sentar una buena interpretación constitucional, dimensión que debería ser la razón del conflicto local: ubicar la posición constitucional de municipios y provincias en la división territorial de poderes.

Desde luego, el legislador tuvo errores al calcular los elevados cocientes que el artículo 75.ter de la LOTC pide para alcanzar la legitimación activa, y que requieren retoques a la baja, pues devienen exigentes en exceso para el breve tiempo que se deja para

aunar el consorcio de las voluntades impugnatorias de múltiples entes territoriales y, con mayor razón, dadas las nulas facilidades que la jurisprudencia constitucional en este punto ha dado, negándose a usar una interpretación *pro actione*.

En efecto, de verse el ATC 418/2003, de 16 de diciembre, por el que se inadmitió un conflicto local planteado contra la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria, y en el que se aseveró, “a mayor abundamiento” (FJ 7), que el plazo dentro del cual ha de adoptarse el acuerdo de plantear el conflicto no puede iniciarse antes de la publicación de la ley ni extenderse después de que haya transcurrido el plazo de tres meses desde el día siguiente de dicha publicación para solicitar el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico. También se dijo allí mismo que el acuerdo de iniciar la tramitación del conflicto debe adoptarse en plazo por el órgano legitimado, el Pleno de la corporación municipal, y no puede adoptarse por la Comisión Municipal para ser posteriormente ratificado por el Pleno fuera de plazo [artículo 75.ter, apartados 1.b) y 2]. Una resolución confirmada en súplica en el ATC 46/2004, de 10 de febrero, en particular FJ 4. El Tribunal no ha suavizado, por tanto, manejando un principio *pro actione*, el rigorismo de los rigurosos requisitos legales, que la experiencia ha demostrado son muy difíciles de cumplir en tiempo.

Mas, pese a estos y otros problemas de procedimiento (en especial la extraña disociación y duplicación entre conflicto y autocuestión de inconstitucionalidad en el artículo 75.quinque.6 de la LOTC que inventó el Consejo de Estado), conviene huir de la frustración y no olvidar que el acceso directo de los municipios a la jurisdicción constitucional, la titularidad de una acción y derecho reactivo, sigue siendo necesario por las mismas razones del fenómeno, la configuración constitucional de la autonomía local, al igual que lo es en otros países europeos federales e igualmente descentralizados. Este proceso debería impulsar el abandono de una jurisprudencia constitucional aún demasiado centrada en las ideas de una autonomía local meramente administrativa y en las exclusivas manos de la ley, y en otras técnicas obsoletas, para acercarse a la comprensión de un ordenamiento jurídico descentralizado en una pluralidad de ordenamientos internos de entes territoriales de distinto grado y organizado en gobiernos multiniveles. Al final mencionaré cómo quizá podrían mejorarse algo las cosas, pese a todas las dudas y desconfianzas que albergo.

B) La STC 240/2006, de 20 de julio, desestima el conflicto local promovido por la ciudad de Ceuta contra el artículo 68 de la Ley de acompañamiento de 1999

que modificó la Ley del suelo de 1998 para atribuir al Ministerio de Fomento la facultad de aprobar con carácter definitivo los planes generales de ordenación urbana de las ciudades de Ceuta y Melilla y sus modificaciones, así como la facultad de emitir informe preceptivo y vinculante sobre la aprobación definitiva de los planes parciales.

A la luz de ese nuevo contexto hermenéutico y realidad social, la sentencia no resulta plenamente convincente ni en el fondo del asunto, probablemente, ni, desde luego, en los aspectos procesales. Pese a haber transcurrido seis años desde registrarse la demanda, el Tribunal vuelve a ofrecernos más de lo mismo y no parece haber puesto al día, dialogando con la abundante doctrina científica recaída en la última década, su arsenal interpretativo, preparándose para la nueva función que la LOTC le asigna. De nuevo, volvemos a tener más garantía institucional, así como una lectura literal y formalista de las leyes “de destinatario único”, a efectos de legitimación activa, y en general de las normas de procedimiento y, sobre todo, un nulo esfuerzo por identificar y construir un bloque de la constitucionalidad local, que es la faceta que me parece más preocupante. Mi análisis se centrará exclusivamente en estos aspectos de Derecho Procesal Constitucional de los cuales la sentencia se ocupa.

Ciertamente, el legislador de 1999, acaso por un exceso de prudencia o de deferencia hacia el Tribunal Constitucional, no identificó un “bloque de la constitucionalidad local” o “bloque constitucional local”,³ como en su día hizo en los artículos 28.1 y 62 de la LOTC, respectivamente, para los recursos de inconstitucionalidad y los conflictos positivos de competencia. Entre otras razones, porque los lugares en el canon de control de la Carta Europea de la Autonomía Local, de los estatutos de autonomía y de la Ley de bases de régimen local, son aspectos delicados que demandan una interpretación constitucional detallada y fruto de un largo estudio, ya que distan de ser evidentes. Pero, en la sentencia que comentamos, el intérprete supremo de la Constitución se ha negado a hacer tal tarea y afrontar el esfuerzo de una interpretación evolutiva y determinante o “concretizadora” de la Constitución, en palabras de Hesse. Ésta –estimo– es la conclusión principal de la misma y constituye una decepción, por eso me atrevo a calificarla como ocasión perdida.

3. Sobre este punto, véanse las distinciones que ha hecho Ana DE LA VEGA –*La autonomía municipal y el bloque constitucional local*, Ciudad Argentina-Universidad Complutense de Madrid, Buenos Aires-Madrid, 2006– también sobre el debate acerca de la función constitucional de la LBRL y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad aplicados a la autonomía local.

El *impasse* no parece dejar más camino al municipalismo, y también al Derecho Procesal Constitucional, que cubrir la laguna mediante la reforma de la LOTC. El propio Anteproyecto de ley de bases de gobierno y administración local, del cual antes se hablaba, queda ahora en este extremo desnudo, pues se refiere en su preámbulo a la “función constitucional” de la ley básica y está en todo caso pensada desde esa perspectiva. Esta cuestión estimo que debería haber merecido algunas reflexiones de mayor calado y persuasión por parte del intérprete supremo de la Constitución, incluso aunque fuera mediante una sentencia de recomendación legislativa, dando pautas sobre cómo el legislador podría identificar ese bloque.

Un tribunal constitucional no está sólo para resolver demandas subjetivas, sino para dar una interpretación constitucional a cuestiones dotadas objetivamente de un interés normativo fundamental. Como he razonado en mi ponencia sobre veinticinco años de jurisdicción constitucional en España para el reciente Congreso de la ACE, cuando la jurisprudencia constitucional deja de ser suasoria para resultar asertiva, el Tribunal abandona su privilegiada posición como intérprete supremo de la Constitución (artículo 1.1 de la LOTC) para convertirse en un órgano judicial más. Y, claro está, se desubica entonces de su lugar en la división de poderes y abandona su función definitoria y principal.

Probablemente no bastará incluso con la reforma legal y será precisa además, antes o después, la reforma de la Constitución. Pero es difícil saber cuándo. Acaso fuera oportuno hacerlo al hilo de las reformas constitucionales de calado que –confío– se produzcan del título VIII una vez culminadas las reformas totales de los estatutos de autonomía acometidas en esta legislatura; y la previsible muy larga sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional respecto de numerosos preceptos del Estatuto de Cataluña, entreverada con alguna declaración de inconstitucionalidad de concretos artículos, que barrunto pueda dictarse.⁴ Pues no creo que las escuetas listas de los artículos 148 y 149 de la CE puedan seguir gobernando los centenares –quizá millares– de materias, secciones de materias o submaterias y títulos competenciales muy detallados que los nuevos estatutos introducen siguiendo el modelo pensado e iniciado por Cataluña, desde una idea en buena parte tomada

4. El recurso del PP alcanza las cuatrocientas páginas y el del Defensor del Pueblo, un centenar y medio. No es previsible, pues, una sentencia corta.

de la Constitución suiza. No en balde, hay ya en el Congreso de los Diputados o han pasado por él ocho propuestas de estatutos (sin contar el llamado *Plan Ibarretxe*).

No creo, en todo caso y a la vista de esta desilusionante sentencia, que fuera sensato volver a cometer el error, derivado de una excesiva prudencia, de 1999, y contentarse con adoptar medidas de simple ingeniería constitucional desde la LOTC. Sin perjuicio de que la reforma legal sea necesaria, verosíblemente sería mejor hacer las cosas bien, dejar el asunto arreglado para un tiempo e incorporar la arquitectura constitucional que necesita la autonomía local directamente en la ley fundamental, una de cuyas columnas e ingredientes es una acción de inconstitucionalidad, junto con el resto de la organización territorial del Estado. Cuando menos eso parece lo más lógico en Derecho. Pero es razonable dudar de la voluntad política de acometer esta obra.

Veamos lo que la sentencia dice en sus aspectos procesales, intentando extraer de la misma algunas conclusiones generales.

1. El encaje de la reforma procesal dentro del artículo 161.1.d) de la CE “de las demás materias que le atribuyan [...] las leyes orgánicas”: un nuevo proceso constitucional

El razonamiento es en este punto especialmente medido, pero también ambiguo y confuso (FJ 1 y 2). El Tribunal recuerda que la exposición de motivos de la Ley orgánica 7/1999 expuso que el nuevo procedimiento se regulaba al amparo del artículo 161.1.d) de la CE, que permite atribuir al Tribunal Constitucional, por ley orgánica, “las demás materias”, es decir, aquellas no identificadas bien en las letras anteriores del precepto (que se refieren al recurso de inconstitucionalidad contra leyes, el recurso de amparo y los conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas), bien en otros artículos de la Constitución: cuestión de inconstitucionalidad, impugnación de disposiciones de las comunidades autónomas y revisión previa de los tratados. Se reconoce por dos veces que estamos ante un “nuevo proceso constitucional”, pues ni puede entenderse como una nueva modalidad de los procesos previstos en el citado artículo 161 de la CE, ni tampoco de los creados por leyes orgánicas y que ya formaban parte de la jurisdicción constitucional. Una vez recordados estos datos normativos evidentes, el Tribunal sólo añade: “la Ley orgánica 7/1999 ha procedido a su creación [...] amparándose precisamente en la cláusula del artículo 161.1.d) de la CE, que habilita al legislador orgánico para atribuir a la jurisdicción del Tribunal Constitucional la compe-

tencia para conocer ‘de las demás materias’ no contempladas en los preceptos constitucionales siempre que dicha atribución no se haga contra la Constitución” (FJ 1). Pese a que este último inciso podría ser leído sembrando un atisbo de duda acerca de la constitucionalidad de la reforma, esta lectura no creo que sea posible, pues el Tribunal nada podría decir en puridad por respeto al principio de congruencia procesal, puesto que ninguna de las partes suscitó el problema.

Y luego se dedica el FJ 2 a razonar sobre la finalidad del nuevo procedimiento, “reforzar la defensa de la autonomía local”, y su conexión con el artículo 11 de la Carta Europea de la Autonomía Local, también desde una calculada ambigüedad, pues parece darse a entender –aunque no se dice– que ya había vías jurisdiccionales bastantes para esa defensa ante el Poder Judicial frente a las disposiciones y actos infrallegales, desde luego, pero también frente a las legales y en esa sede donde cabía que alegaran la inconstitucionalidad de normas con rango de ley. Si bien no en sede constitucional. Y se advierte que ello se explica en que “la proclamación constitucional de la autonomía de municipios y provincias ni fue inicialmente acompañada, como en otros ordenamientos sucede, con la atribución de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de ley”.

En resumen, el Tribunal Constitucional reconoce expresamente que estamos ante un nuevo proceso constitucional creado por una ley orgánica con cobertura en el artículo 161.1.d) de la CE, tal como se justificó la reforma, y no se fijan reparos a su constitucionalidad. Resuelto al menos este problema. Bien es verdad que el reconocimiento es algo sinuoso y en un tono nada entusiasta o enfático.

2. La naturaleza jurídica de Ceuta como ciudad autónoma y su extraña legitimación por cocientes según el artículo 75.ter.1.b) de la LOTC

Son realmente dos cosas distintas las que arriba se enuncian. En primer lugar, la naturaleza jurídica de Ceuta –y de Melilla por añadidura, aunque no fuera aquí actora– como “ciudad autónoma”, es decir, su “condición municipal”. Un “ente municipal dotado de un régimen de autonomía local singular” y reforzado respecto del régimen general de los demás municipios, al venir regulado por las previsiones específicas de su Estatuto de autonomía (FJ 3 y 4).

El Tribunal Constitucional verifica el carácter de ente municipal de la actora y, tras recordar el debate suscitado con la aprobación de los estatutos de autonomía de esas dos ciudades, concluye que se trata de un

municipio, aunque sea muy cualificado por tener un estatuto de autonomía. Ya se había dicho en otra ocasión que Ceuta y Melilla no podían interponer un recurso de inconstitucionalidad contra el mismo precepto de la ley de acompañamiento (ATC 201 y 202/2000) en cuanto no eran comunidades autónomas y carecer, por tanto, de legitimación activa para ese proceso, debiendo inadmitirse el recurso. De manera que la de ahora era una solución obligada⁵ y desde luego procesalmente correcta: se concluye que, excluida la posibilidad de considerarlas comunidades autónomas, “no cabe negarles [...] su condición de entes municipales”, pese a no venir expresamente previstos en la Ley orgánica 7/1999 de reforma procesal.

Puesto a extraer más jugo, exprimiendo la pulpa de esta magra sentencia, y aunque tampoco se diga, me parece que el mismo razonamiento podría permitir en el futuro a la jurisprudencia constitucional escribir interesantes fundamentos acerca de los distintos tipos y grados de la autonomía local constitucionalmente garantizada en función de los diversos entes territoriales (municipios, provincias, territorios históricos, islas...) y de sus características al hilo de los supuestos de hecho que se enjuicien. Tanto los entes básicos creados por el Estado como los que en su caso creen las comunidades autónomas. Se rompería así la tradicional consideración homogeneizadora de los entes locales, de origen francés, que encaja mal en nuestro actual modelo constitucional de descentralización política.

Pero, una vez verificada la condición de ciudad autónoma, las afirmaciones más sorprendentes se encuentran (FJ 5) al identificar la legitimación activa de la actora entre las dos que en el artículo 75.ter.1, letras a) y b), se enuncian. En vez de acudir a la sencilla conclusión de que estábamos ante una ley “de destinatario único” –Ceuta y Melilla– como se dice en la letra a), si se quiere forzando un poco el tenor literal del texto mediante una interpretación finalista y sistemática con la finalidad de no aislar la letra del resto del precepto, el Tribunal se enfrasca en calcular los complicados cocientes previstos en la letra b). Se concluye así que Ceuta reúne los requisitos de legitimación allí previstos, pues supone al menos un séptimo de los municipios afectados por la ley recurrida y un sexto de la población... Y, finalmente, se advierte que la constatación de que existe legitimación *ad causam según lo establecido en el artículo 75.ter.1.b)* “hace innecesario examinar si también se encuentra legitimada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 75.ter.1.a)”.

El razonamiento expuesto es alambicado y tortuoso, y además no advierte bien (otra cosa distinta es lo

que dijera el ente actor para asegurarse de gozar de legitimación, al menos mediante uno de los dos requisitos, manejando una argumentación subsidiaria) que uno y otros requisitos son, en buena lógica, alternativos y no acumulativos, ya que fueron pensados por la ley para situaciones distintas: una regla general mediante cocientes y una excepción para leyes singulares o de destinatario único. Y, evidentemente, la lógica de dos ciudades autónomas está más próxima a la excepción, por su singularidad, aunque sean dos, que a la de destinatario de la regla general.

Quizá puede pensarse que la ley debió emplear en la letra b) la expresión “ley singular”, por resultar más acertada técnicamente, pero recuérdense los problemas doctrinales que el entendimiento de este término suscita. Así, conviene traer a colación la aplicación muy restrictiva que el Tribunal Constitucional ha hecho de la jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ruiz Mateos contra España, de 23 de junio de 1993, cuando impuso la igualdad de armas en los procesos de las partes que pidieron el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso *a quo* frente a una ley singular –un colectivo reducido de destinatarios– y luego no podían acceder al ulterior proceso constitucional para impugnar su constitucionalidad; finalmente, la reforma de la LOTC que está en tramitación en el Congreso afronta este tema con una perspectiva más abierta. Una lectura más generosa por parte del Tribunal Constitucional de la jurisprudencia europea hubiera sido preferible y otro tanto ocurre en el caso que comentamos con análoga razón de decidir.

En suma, me parecen ganas de complicar innecesariamente las cosas, en vez de economizar esfuerzos para dedicarlos a fundar con mayor profundidad los verdaderos problemas centrales de la sentencia.

3. La lesión de la autonomía local constitucionalmente garantizada es el único “motivo de inconstitucionalidad”

En el FJ 3 se afirma que la “especificidad” del nuevo proceso se manifiesta en que el conflicto sólo puede ser promovido frente a normas legales “con base en un único motivo de inconstitucionalidad, la lesión de la ‘autonomía local constitucionalmente garantizada’”, y, en consecuencia, no pueden alegarse otros motivos, fundados en la infracción de preceptos constitucionales que no guarden una “relación directa” con la autonomía que la Constitución garantiza a los entes locales.

proceso, lo que hubiera supuesto un resultado inaceptable, una situación de indefensión, derivada de excluirla de ambas acciones.

5. No debía ser tan claro para el Abogado del Estado, quien de manera formalista negó la legitimación de Ceuta también para este

La afirmación es evidente, sólo que probablemente inexacta o, mejor, necesitada de algún matiz. No estoy seguro de que el formulado en el epígrafe sea un “motivo de inconstitucionalidad” en sentido estricto. Conforme a diversas elaboraciones y clasificaciones doctrinales, tanto españolas como comparadas, los motivos de inconstitucionalidad pueden ser: formales o de procedimiento (*in procedendo*), materiales o sustantivos, y vicios de incompetencia territorial. Por mi parte, me he esforzado en distinguir los últimos de los dos primeros en mi estudio sobre una teoría de los conflictos entre entes territoriales; y expuse allí que no veo razón para diferenciar como vicio entre la incompetencia de las leyes, disposiciones y actos que generan conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas, y aquellas que hacen otro tanto con las entidades locales. La denuncia de una lesión de la autonomía local se trata más bien de un fundamento de la inconstitucionalidad que se pretende y de la causa de pedir. La autonomía local es un espacio, dentro de la lógica interna de la distribución de competencias entre entes territoriales, sobre el que se proyectan muy variadas materias competenciales –no sólo las bases de las administraciones públicas– que permiten deducir un conjunto no menos variado de motivos de inconstitucionalidad, generalmente, de incompetencia territorial.

No existe en la Constitución un reconocimiento expreso como materia competencial de la autonomía local ni puede orillarse su tremenda horizontalidad o transversalidad que hace que en este espacio se proyecten numerosas y variadas competencias del Estado y de las comunidades autónomas. La mayoría de los conflictos locales que en la experiencia que albergamos han llegado al Tribunal Constitucional se ocupan de urbanismo, comenzando por el que enjuicia esta sentencia que se reseña.

4. Seguimos sin precisar cuál es el bloque de la constitucionalidad local

a) Éste es –a mi juicio– el centro de la sentencia desde la perspectiva en la que la analizamos. La pequeña almendra del asunto en sus dimensiones procesales. Y lo que se argumenta al respecto es poco y no es bueno sino viejo y obsoleto. Da la sensación bien de que el Tribunal por cautela no ha querido aclarar este extremo con la debida suficiencia en la motivación, o bien de que parte de la fundamentación del proyecto de sentencia desapareció a lo largo del proceso de su confección y discusión colegiada para generar la voluntad de la mayoría, como con frecuencia ocurre en la jurisdicción constitucional. La consecuencia es que el resultado final resulta asertivo y apodíctico y no convincente y suasorio, y, en consecuencia, el debate doctrinal dista de poder estimarse cerrado.

b) El Tribunal Constitucional advierte –ya se ha dicho– que la reforma de la LOTC no señala un canon o parámetro de control de constitucionalidad para estos conflictos locales, si bien, pese al silencio de la Ley, trata de deducirlo de la jurisprudencia constitucional previa, pero acaba diciendo después que ese canon no es factible y, en consecuencia, se contradice. Veámoslo.

El Tribunal reseña su jurisprudencia (FJ 8). Se reafirma en la vieja tesis de la “garantía institucional” y asevera que es “una noción muy similar” a la recogida en el artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local. Con esa base endeble, concluye que “la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal” y que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la misma. Si bien el legislador tiene vedada toda regulación por debajo de un umbral mínimo. La garantía constitucional de la autonomía local está en conexión con la competencia que ostenta el Estado sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas.

De forma sorprendente niega que la jurisprudencia constitucional anterior hubiera admitido que la Ley de bases de régimen local sea canon de enjuiciamiento. Una afirmación de la que el propio Tribunal no parece estar muy seguro, ya que añade que, en todo caso, aquélla “no permite extraer conclusiones definitivas”, y añade que esas consideraciones sobre la ley básica “no son trasladables al conflicto en defensa de la autonomía local”. Primero, al haber recaído en procesos de declaración de inconstitucionalidad. Y, además, porque, si bien el Tribunal ha acudido en alguna ocasión a la idea de bloque de la constitucionalidad para ver si una concreta disposición se adecua al orden constitucional de competencias en materia de “régimen local”, entendido como régimen jurídico de las administraciones locales, esto no equivale a “autonomía local”, “porque los imperativos constitucionales derivados del artículo 137 de la CE, por un lado, y del 149.1.18 de la CE, por otro, no son coextensos”.

Se sostiene que, en esa jurisprudencia constitucional previa y pese a que no es trasladable a este proceso, “puntualmente” se ha reconocido que la citada Ley básica de régimen local tiene “una singular y específica naturaleza y posición” en el ordenamiento jurídico. Según la cual es canon de validez de la ley sólo en ciertas ocasiones, únicamente respecto de la ley autonómica y cuando represente exteriorizaciones o manifestaciones de forma directa de los artículos 137, 140 y 141 de la CE, lo que no ocurre en la mayoría de los casos. Pero nunca en relación con la ley estatal, puesto que, más allá de su carácter básico, se trata de una ley más y no tiene una posición constitucional distinta de las leyes ordinarias que pueden

establecer disposiciones contrarias a la LBRL, que deben ser consideradas modificaciones legislativas, pero no leyes inconstitucionales. Desde esta perspectiva, se asevera que la Ley de bases de régimen local en sus aspectos principales es una determinación constitucional, pero tiene aspectos secundarios en los que “no es expresiva de un núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional”.

De las anteriores consideraciones se concluye que el Tribunal Constitucional debe aplicar para resolver los conflictos locales sólo los preceptos constitucionales (artículos 137, 140 y 141 de la CE), que establecen los contenidos mínimos de la garantía institucional o núcleo primario del autogobierno de los entes locales. Pero la legislación básica de régimen local no se integra en el bloque de la constitucionalidad ni constituye canon de validez respecto de otras leyes estatales. Ni tampoco puede discutirse en un conflicto local el carácter básico de las normas estatales, porque esto afecta a la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

Un sensato voto particular del magistrado Rodríguez Zapata –experto en cuestiones de autonomía local, a la vista de sus publicaciones científicas–, discute estas razones y afirma que su concepción de la autonomía local es muy distinta de la que expresa la mayoría (FJ 1). El magistrado especifica cómo Ceuta y Melilla trascienden de una estricta consideración de ciudad en virtud de sus estatutos. Y argumenta que (FJ 4) la sentencia no da respuesta a si las leyes del Estado pueden disponer sin límite alguno de las competencias asumidas por Ceuta en su Estatuto de autonomía, y a cuáles son los límites impuestos por el bloque de la constitucionalidad –del que forma parte ese Estatuto– a las leyes del Estado en materia de planeamiento urbanístico. Finalmente, discrepa de la “muy escueta función constitucional que atribuye el FJ 8 de la sentencia” a la LBRL que –a su juicio– sí sirve de parámetro de la constitucionalidad de las leyes y normas de las comunidades autónomas.

Hasta aquí la sentencia y la certera opinión discrepante que salva con profundidad y razonamiento cabal la rara unanimidad de la mayoría.

c) Analicemos esta escueta fundamentación. La técnica de la llamada “garantía institucional” es una técnica muy vieja y tosca, típica del período de entreguerras e importada de la República de Weimar, donde se acuñó en un contexto histórico bien distinto, tanto respecto de las fuentes del Derecho y del control de constitucionalidad como de unos derechos fundamentales que valían lo mismo que la ley. Se erigió en una posición jurisprudencial en el primer caso de las diputaciones catalanas para impedir su abolición, siendo razonada en los más tempranos años del desarrollo constitucional por la doctrina

científica (Parejo con origen en Schmitt Jorzig), huérfanos todavía entonces de una verdadera dogmática de teoría de la Constitución adecuada a nuestras normas fundamentales. Pero ha sido muy criticada doctrinalmente en los últimos tiempos (entre otros, Estévez, Font, Ortega, De la Vega y yo mismo, entre otros) e *in extenso*, con argumentos que es imposible detallar aquí, pero que resultan bien conocidos entre los especialistas. Puesto que poco más ofrece que virtualidades negativas o defensivas de la institución provincial o municipal, de resistencia pasiva, sirviendo de poco para una delimitación constitucional y positiva de sus contenidos. Es una doctrina inidónea, por obsoleta, dada su parvedad y elementalidad, para acometer una moderna interpretación constitucional de la autonomía local. Y, por consiguiente, aplicarla a un conflicto en defensa de la autonomía local sirve de bien poco. Aquí sí se debía haber dicho, de haberse ahondado en los problemas, que no es una doctrina ni una herramienta trasladable al nuevo proceso y siglo, al no ser apta para asumir un entendimiento principialista de la autonomía constitucional que nos ocupa como es el que ahora la LOTC demanda del Tribunal.

No es tan cierto que el contenido del artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local recoja una noción muy similar a la de garantía institucional ni que ésta sea la única lectura posible. Hay ya escritas otras exégesis posibles de la Carta, menos legistas, que hacen hincapié en diversos aspectos cuales son su consideración como Derecho, la demanda de una capacidad efectiva de ordenanza y gestión, y la exigencia de una responsabilidad política, al cabo el principio democrático representativo que enuncia el artículo 140 de la CE y transforma estas entidades. Así, el artículo 2 de la Carta Europea de la Autonomía Local habla también del fundamento constitucional y no sólo legal de la autonomía local, y otro tanto puede deducirse del artículo 11. Y no puede olvidarse la lógica expansiva del principio de subsidiariedad ex artículo 4.3 que no estaba en la construcción histórica como dogma de la llamada *garantía institucional*.

No menos sorprendente es que el propio Tribunal, que es el intérprete auténtico de su jurisprudencia, no pueda extraer “consecuencias definitivas” de la misma respecto de si la LBRL es o no canon de enjuiciamiento y bloque de la constitucionalidad. De ser cierto este aserto, esta primera sentencia era una ocasión óptima para que aclarara el embrollo el intérprete supremo de la Constitución y de su Ley orgánica.

Lo que ocurre es que, por el contrario, hay sentencias en que claramente se habla de la “inconstitucionalidad mediata” de una ley por violar la LBRL o se actúa dando por supuesto que ciertas normas de la

misma forman parte de la autonomía local constitucionalmente garantizada; la más clara es la STC 108/2006, pero no es la única (*vid.* STC 159/2001). Es verdad que no existe una habilitación constitucional expresa en la Constitución a la LBRL, pero tampoco se habla expresamente en ella de la “función constitucional” de la Ley de presupuestos, plenamente dissociada de la legislativa, y, sin embargo, el Tribunal acudió a esta técnica de génesis doctrinal (Gómez Ferrer) para resolver el *impasse* de sus relaciones con otros tipos de leyes. Qué sentido tiene una LBRL que debe por definición rellenar de contenido la autonomía local, concretizar la Constitución y los estatutos de autonomía, si esa función que es prolongación de la Constitución por su misma naturaleza no tiene unas mínimas dosis de estabilidad y resistencia pasiva. ¿Quién va a conformar y liderar el nuevo régimen local?

El argumento de que se trata de una jurisprudencia emanada en procesos de inconstitucionalidad y que por ello no puede ser trasladado a este proceso conflictual, carece de consistencia doctrinal y es incoherente con la misma jurisprudencia constitucional, porque los recursos que resuelven controversias competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas son verdaderos “conflictos de competencia legislativa” entre entes territoriales en su naturaleza y tratamiento procesales antes que control normativo abstracto y directo. De hecho, el Tribunal Constitucional aplica frecuentemente a esos conflictos encubiertos en ropaje de recursos, doctrinas elaboradas y construidas en los conflictos competenciales como es la técnica de la desaparición sobrevenida del objeto. Esto está de sobras estudiado. Y, en consecuencia, esos conflictos competenciales *sub specie legis* no pueden ser tan diversos en su naturaleza del nuevo proceso de conflicto local que nos ocupa: integran la misma familia de los conflictos constitucionales.

Por análogas razones, no creo que el bloque de la constitucionalidad ex artículo 28.1 de la LOTC que opera para distribuir competencias entre dos entes territoriales de nuestro ordenamiento como son el Estado y las comunidades autónomas mediante diversas normas interpuestas y fruto de sucesivas habilitaciones en cascada, pueda ser esencial y radicalmente distinto al que se produce, salvando las distancias, con los municipios, por más que el papel de las leyes atributivas y delimitadoras de competencia sea ciertamente mucho más intenso. Carece de toda lógica. El error reside en seguir distribuyendo competencias y finanzas en dos términos de los tres de nuestro Estado compuesto que el artículo 137 de la CE enuncia, aunque en el local no se dé la misma calidad.

Carece igualmente de sentido decir –como se hace y es la afirmación principal de la sentencia– que sólo la Constitución en sus artículos 137, 140 y 141 puede aplicarse como parámetro para resolver los conflictos locales. Una visión tan reduccionista del canon de enjuiciamiento no sólo deviene asimétrica respecto del resto de la familia de los conflictos como acciones constitucionales, sino que deja desprovisto prácticamente de toda funcionalidad a este proceso. El Tribunal hace una lectura literal del nuevo proceso y no finalista y adecuada a cumplir la nueva función que la LOTC le otorga; una especie de resistencia pasiva.

¿Así, los estatutos de autonomía no son canon de enjuiciamiento del conflicto local? Se les ha dado ese carácter en multitud de ocasiones en controversias competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas. Y buena parte de la doctrina les considera “normas constitucionales secundarias” (Rubio Llorente, entre ellos) y no meramente leyes orgánicas. Los nuevos estatutos o reformas totales de los mismos, además, a diferencia de los antiguos, prevén detalladas regulaciones de la autonomía local como son las recogidas en el Estatuto de Cataluña: título II, capítulo VI, sobre el gobierno local, artículos 83 a 93, y el artículo 160; y atribuyen competencias propias a los gobiernos locales, o formulan principios muy válidos para distribuir responsabilidades administrativas e idóneos para una interpretación constitucional por principios. ¿Cómo no van a ser los estatutos canon de enjuiciamiento de las leyes aquí también? El Tribunal Constitucional olvida que en nuestro peculiar modelo de descentralización o atípico federalismo atenuado no existen tribunales constitucionales en las comunidades autónomas; y se desentiende de los mandatos y normas recogidos en estos estatutos cual si continuáramos en la misma situación y régimen jurídico que en las décadas anteriores. El propio Tribunal se contradice con esa afirmación genérica y teórica en la que reduce el canon a la Constitución, porque, para resolver después el concreto litigio, acude al Estatuto de autonomía de Ceuta como norma de referencia según era inevitable.

¿Qué relaciones debe mantener la LBRL con esas normas estatutarias? Una cuestión que parece la bóveda de toda la arquitectura de una configuración constitucional de esta autonomía, porque es impensable que la regulación constitucional directa de la misma, a la que el Tribunal se reduce, pueda ir más allá de algunos principios e instituciones y normas reglas de mínimos. La Constitución local debe ser inevitablemente abierta, pero no a todas las leyes sectoriales del Estado y de las comunidades autónomas. Eso no es un modelo alternativo.

Bastan estos tientos para ilustrar lo mucho que el intérprete supremo de la Constitución se deja en el tintero y lo pobre de su razonamiento. Se resuelve un caso, pero no se hace una interpretación constitucional dotada de eficacia general.

C) ¿Qué hacer? La alternativa me parece que es la siguiente. Cabe primero dejar las cosas como están. Esto es lo más probable que ocurra –me temo–; entonces, el conflicto en defensa de la autonomía local previsiblemente languidecerá como un proceso constitucional relativamente inútil, guardado en el museo de los artefactos constitucionales en desuso y seguiremos sin tener una interpretación constitucional que oriente las labores del legislador básico estatal y de los legisladores de las comunidades autónomas. No sería el único proceso constitucional fallido; pensemos en los conflictos entre órganos constitucionales, o en los conflictos negativos a instancia de personas físicas, o, hasta cierto punto, en las impugnaciones del título V de la LOTC. Es muy revelador de la ausencia de voluntad política que el proyecto de reforma de la LOTC, que está actualmente tramitándose en el Congreso de los Diputados, no afronte modificaciones del conflicto local, y que tampoco se hayan presentado por los grupos parlamentarios enmiendas sobre este tema.

Frente a esta previsible pasividad del legislador, cabría actuar y modificar el proceso en un doble nivel normativo, ley y Constitución, para hacerlo operativo, lo que es más arriesgado, pero perfectamente posible. La medida podría insertarse en un paquete de reformas municipalistas algo más ambiciosas y duraderas.

La Constitución debería reformarse por muy variadas razones para realizar una recepción directa y moderna de la autonomía local. Es muy forzado continuar colgando después de décadas de experiencias constitucionales todo el régimen local dentro del artículo 149.1.18 de la CE, relativo a las bases de las administraciones públicas. Con mayor razón cuando los nuevos estatutos de autonomía de las comunidades autónomas, tras sus reformas totales, incorporan más detallados preceptos sobre la autonomía local, que, ciertamente, supone un ámbito más extenso, pues afecta al gobierno y a una dirección política propia y no sólo a los aspectos administrativos de la organización, sino a intervenciones en variados terrenos con distintas potestades. En clarificar esta disociación el Tribunal Constitucional acierta y es la mejor parte de su decisión. Me parece precisa la incorporación a la Constitución de una materia constitucional específica sobre la autonomía local en la que ejercieran competencias compartidas el Estado y las comunidades autónomas. Desde este sólido basamento, convendría introducir una habilitación constitucional

expresa a la Ley de bases de gobierno y administración local invocando expresamente su función constitucional, es decir, su capacidad para desarrollar y concretar la Constitución en esta materia ejerciendo una función que es prolongación de la Constitución; alejaríamos así muchas dudas doctrinales y jurisprudenciales y erigiríamos una sólida reserva constitucional para dicha ley, de forma análoga a la que tienen la LOTC o la LOPJ.

De no operarse de este modo, seguiremos en un callejón sin salida. No encuentro más escapatoria que ofrecer una cobertura constitucional a la ley básica para sus complejas relaciones futuras con los estatutos de autonomía y las análogas leyes de desarrollo de las comunidades autónomas.

Deberían introducirse asimismo en la Constitución algunos principios específicos de la materia que permitan acometer una interpretación constitucional; a mi entender, bastaría con los de subsidiariedad, proporcionalidad y diferencialidad, pues está ya en el artículo 142 de la CE el de suficiencia financiera. Al igual que se ha hecho en varios de los nuevos estatutos de autonomía, y sugiere la Recomendación 121/2002 del Consejo de Europa sobre la democracia regional y local en España.

Cuanto se dice puede parecer ahora ciencia ficción o afirmaciones dotadas de una notable ingenuidad, y es probable que así sea, vista la ausencia de unas mínimas dosis de consenso parlamentario en esta legislatura, y las permanentes dudas acerca de la voluntad política de tomarse en serio la autonomía local. Pero las razones son tozudas, también la naturaleza de las cosas y de los fenómenos jurídicos, y las circunstancias políticas tienden a ser coyunturales. Veremos.

La nueva sentencia no es una buena noticia, en todo caso, para el municipalismo, ni para la lógica del pluralismo territorial inherente al federalismo atenuado español, ni constituye una buena pieza de Derecho Procesal Constitucional, ni un ejemplo de verdadera interpretación constitucional. Más aún después de haber dejado transcurrir en silencio seis años desde la demanda. Siento tener que decirlo tanto como deseo que ojalá me equivoque. ■

Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión¹

1. El fundamento comunitario de la regulación de la contratación pública.
2. La evolución de las directivas sobre contratación pública y situación presente.
3. Los principios comunitarios básicos para garantizar la objetividad y el respeto a la libre competencia en la contratación pública.
4. La transposición de las normas comunitarias al ordenamiento jurídico español.
5. Valoración del Proyecto de ley de contratos del sector público.

José María Gimeno Feliu
*Profesor titular de Derecho Administrativo de la
Facultad de Derecho de la Universidad de
Zaragoza*

1. Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Local que organiza la Federación de Municipios de Cataluña, el Ayuntamiento y la Diputación de Barcelona y la Escuela de Administración Pública de Cataluña, celebrado en Barcelona el 15 de diciembre de 2006. Este

trabajo se encuadra en la finalidad del proyecto de investigación concedido por el MEC titulado "La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración pública y la consecución de políticas públicas" (Ref.: SEJ2006-13188).

La materia de contratación pública es hoy en día de máxima actualidad no sólo por novedades de índole jurídica, sino también por la incidencia que la misma tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los estados.² En esta ponencia se pretende continuar reflexionando sobre las principales consecuencias que para nuestro ordenamiento jurídico y práctica administrativa se derivan de las nuevas reglas derivadas de lo que se ha venido a denominar *el nuevo paquete legislativo*, que pretenden hacer realidad el objetivo de un mercado interior en la Unión Europea.

Las nuevas directivas comunitarias en materia de contratación pública, con fecha de transposición límite de 31 de enero de 2006, amén de confirmar la tendencia hacia la formación de un Derecho común europeo,³ obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional.⁴ Máxime si, como parece ser, el plazo de transposición no es cumplido por el Estado español y los preceptos de estas normas que sean claros, precisos e incondicionados comienzan a desplegar efecto directo.⁵ La aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas. La primera, que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede –y debe, diría– ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.⁶ En este sentido, el considerando 5 de la Directiva 18/2004 es elocuente:

“Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica, pues, de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible, al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio.”

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración pública.

Por último, la contratación pública, aunque con claros componentes de naturaleza presupuestaria, no puede verse condicionada por los mismos, ya que tiene naturaleza autónoma. Es más, en muchas ocasiones son esos condicionantes presupuestarios los que obligan a una lectura o una práctica no conforme con la esencia de las reglas de los contratos públicos. Práctica que está comportando la imposición de

2. Me remito a mi monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, Madrid, 2006.

3. Por todos, *vid.* J. A. MORENO MOLINA, “Reciente evolución del Derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un Derecho común”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, 34, 2004, p. 28-53.

4. Sobre el contenido de la misma, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de M. FERNÁNDEZ GARCÍA, “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo”, *RAP*, 166, 2005, p. 281-320.

5. Por todos, *vid.* Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (2002), “De nuevo sobre el efecto directo de las directivas”, *Noticias de la Unión Europea*, 205, p. 115-120. El incumplimiento de este plazo de transposición –ya habitual en esta materia– encuentra razonamientos diversos. Pero uno, sin duda de relevancia, es la mecánica con la que en España se realiza la transposición del Derecho comunitario, siguiendo los trámites ordinarios de todo procedimiento para elaborar una ley. Práctica que en muchos casos ya resulta de sí incompatible con los

plazos de transposición y que, además, *permite retocar* preceptos de la propia Directiva, lo que genera importantes problemas de seguridad jurídica.

6. Así se entiende la previsión de la Directiva de permitir la existencia de contratos reservados a favor de entidades de carácter social, por la que se limitaría a éstas la posibilidad de participar o se permitiría reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Igualmente, en una adecuada interpretación teleológica, parece lógico entender que también podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social. En todo caso, debería preverse que, por ejemplo, el importe de los contratos reservados no podrá superar el dos por ciento del importe de los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (los anuncios de licitación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente la presente disposición).

medidas financieras de corrección por las instituciones comunitarias al constatarse en un incumplimiento de las reglas de licitación pública en prestaciones financiadas con ayudas comunitarias.⁷

Estas nuevas directivas pretenden, en palabras de sus considerandos:

“responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al *Libro verde* adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales [...] contenidos en el Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no-discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. *No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública.*” (La cursiva es nuestra.)

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos debe, en todo caso, respetar los principios

comunitarios referidos, no existiendo, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos en función de su umbral, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos contenidos en la Directiva que deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado. En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya Baño León, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica porque la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de Derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados.⁸ Esta afirmación queda avalada por la reciente Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006).

Como se ha observado, esta nueva normativa incorpora las resoluciones del TJCE. Se constata la importancia de esta jurisprudencia, auténtica fuente del Derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que, en modo alguno, pueden conducirnos a interpretaciones contrarias a dicha doctrina. Así se pone de manifiesto en la STJCE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GMBH), al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que “son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665”.

7. De hecho, en nota de prensa de 14 de enero de 2005, la Comisión anuncia la remisión a España de un dictamen motivado (instrumento previo a la interposición del recurso por incumplimiento del artículo 226 del TCE) por no transponer correctamente el concepto de entidades de Derecho público de la Directiva, puesto que excluye de él a las fundaciones, “incluso tras una modificación introducida en 2003”, en alusión a la Ley 62/2003.

8. Y es que, como bien afirma este autor, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las administraciones públicas”, RAP, 151, 2000, p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad

de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en el libro colectivo *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

9. L. MARTÍN-RETORTILLO, “La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho”, discurso leído el día 25 de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100. Como dice, el Derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad.

10. Vid. J. BERMEJO VERA, “El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural”, discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 6 de abril de 2005, p. 105-117.

Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo Martín-Retortillo, “cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos”.⁹ Sólo así cobra sentido el principio de seguridad jurídica.¹⁰

En consecuencia, las propias directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*.¹¹ De esta forma, en las mismas directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los estados miembros.

La necesidad de una reforma legal en España para transponer estas directivas es ineludible y debe optarse por una norma de contenido y aplicación “comunitaria”.¹² Máxime si tenemos en cuenta las STJCE de 15 de mayo, de 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España, que, en palabras del profesor García de Enterría, deben ser entendidas en clave de “censura política en toda regla”.¹³ Debe, pues, abordarse con urgencia y seriedad la transposición evaluando previamente, como bien sugiere S. Arrowsmith, cuál debe ser la técnica jurídica más conveniente para alcanzar efectivamente este objetivo.¹⁴

Pero debe servir, además, para reformar prácticas propias claramente obsoletas, decantando las nuevas técnicas por soluciones que sean eficientes y efectivas, y menos formalistas. Es decir, necesitamos una ley moderna y acorde a las necesidades derivadas de los retos de una administración pública del siglo XXI.¹⁵ Una norma que garantice a los operadores económi-

cos contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio, así como la transparencia en las licitaciones. Una norma que debe ser interpretada atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria. En consecuencia, en toda contratación pública serán principios rectores la eficiencia de fondos públicos y la eficiencia del procedimiento, atendiendo a la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental cuando guarden relación con la prestación solicitada y comporten directa o indirectamente ventajas para el sujeto contratante.¹⁶

1. El fundamento comunitario de la regulación de la contratación pública

El análisis correcto de la normativa sobre contratación pública sólo puede ser correctamente entendido, como bien recuerda Piñar Mañas, desde el contexto del Derecho comunitario, siendo esta materia uno de los ejemplos del proceso de comunitarización de los distintos ordenamientos nacionales.¹⁷

La contratación pública, habida cuenta la importante trascendencia de la misma en el correcto funcionamiento de la economía, se ha convertido en un objetivo básico de la Comunidad Europea de cara a la consecución de un mercado único europeo. De esta manera puede –y debe– hablarse de una política comunitaria en el campo de la contratación pública que permita asegurar la existencia de un marco jurídico uniforme aplicable en este campo y sin exclusiones a todos los países miembros. Con dicha normati-

11. Compartimos en este punto la opinión de ORDOÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. “La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario europeo”, *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1921, julio de 2002, p. 2354.

12. Como recuerda PIÑAR MAÑAS, la legislación española sobre contratos sólo puede ser correctamente entendida en el contexto del Derecho comunitario. “El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español”, en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 27-28.

13. Lo que se reprocha en esta nueva sentencia no es la actuación de una administración en un procedimiento de adjudicación concreto, sino que la legislación española en materia de contratos de las administraciones públicas simplemente no cumple los requisitos mínimos europeos en temas centrales de su contenido. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas. (Sentencia Comisión c. España de 15 de mayo de 2003, As. C-214/00)”, REDA,

119, 2003, p. 471-487, y, el mismo, “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las administraciones públicas”, REDA, 120, 2003, p. 667-677.

14. S. ARROWSMITH, “Una evaluación de las técnicas jurídicas para la transposición de las directivas de contratación pública”, en el libro colectivo dirigido por V. López-Ibor, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997, p. 75-102.

15. Opinión de la que participa F. BLANCO, “Las reformas de la Ley de contratos de las administraciones públicas”, en su ponencia en el seminario “Cumpliendo con Europa: la nueva contratación pública”, organizado por EIPA/CER, Barcelona, 26 y 27 de septiembre de 2005.

16. Debe resaltarse la importancia de que la futura norma cumpla estos objetivos, habida cuenta, como bien advierte M. CARLON RUIZ, de la influencia en el ordenamiento jurídico-administrativo de la misma, en el libro colectivo dirigido por R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1801-1823.

17. J. L. PIÑAR MAÑAS, “El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos”, en el libro colectivo dirigido por R. Gómez-Ferrer, *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 27-28.

va se podrá conseguir de forma satisfactoria una correcta adecuación de las distintas políticas económicas nacionales que promuevan las condiciones necesarias de cara a la efectiva implantación de las políticas comunes a las que se refiere el Tratado de la Unión Europea, lo que supone, por lo demás, la necesidad de adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

Recuérdese cómo los contratos adjudicados por los poderes públicos constituyen un importante instrumento económico, puesto que, en 1996, representaban el 11% del PIB comunitario, es decir, 720.000 millones de ecus. Esta cifra equivale a la mitad del PIB de Alemania y, aproximadamente, a 2.000 ecus por ciudadano de la Unión. Antes de que la Comunidad adoptara disposiciones en este ámbito, tan sólo un 2% de estos contratos públicos se adjudicaba a empresas de un Estado miembro distinto del que convocaba la licitación. Esta falta de competencia abierta y eficaz ha sido uno de los obstáculos más claros y anacrónicos para la completa realización del mercado interior. Además del mayor coste en que incurren los poderes adjudicadores, la falta de competencia intracomunitaria en algunas industrias clave (en las telecomunicaciones, por ejemplo) dificultaba el desarrollo de empresas europeas capaces de competir en los mercados mundiales. Los últimos estudios estiman que los contratos públicos suponen en torno al 16,3% del PIB comunitario (en euros, unos 1.500 billones). Por estados, aunque no en todos tiene la misma, su importancia varía entre el 11% y el 20% del PIB (en España ronda el 13%).¹⁸

En el ámbito de la contratación pública, la apertura a la competencia precisa ante todo la introducción de incentivos que impulsen a los compradores públicos y aquellos dotados de derechos especiales exclusivos a realizar adquisiciones aplicando proce-

dimientos competitivos. A tal fin, la Comisión procedió a una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos. Además de aplicar estas medidas de tipo reglamentario, la Comisión fomentó una mayor participación de las empresas en los contratos públicos y, en particular, desarrolló una serie de instrumentos destinados a incrementar la participación de los proveedores conscientes de que una auténtica apertura del mercado interior no sería posible mientras las oportunidades de participar en dichos contratos no fueran efectivamente equitativas para las empresas. En este empeño, las instituciones comunitarias pretendían hacer efectivas las consecuencias positivas a las que se refería el conocido, como se destaca, por lo demás, estudio Atkins de 1984, en el que se resalta el triple efecto beneficioso que tendría la unificación y aplicación de la normativa relativa a la contratación pública:¹⁹

a) Un efecto estático consistente en la reducción del gasto público.

b) Un efecto competitivo cifrado básicamente en la reducción de los precios, lo que, obviamente, contribuirá a la satisfacción de otro de los fines principales del TCE: la lucha contra la inflación.²⁰

c) Un efecto de reestructuración derivado de la aplicación de los principios de la economía de escala.²¹

Por ello, dada la importancia que tiene para la consecución de un auténtico mercado interior, debe favorecerse la apertura de la contratación pública (como manifestación del interés general para toda la Comunidad),²² que tendría, a juicio de la Comisión, como principales ventajas las siguientes:²³

—Los proveedores y empresarios tendrán mayores oportunidades para ejercer y desarrollar sus actividades, no sólo a escala comunitaria, sino también nacional. Dicha expansión hará posible una reducción

18. Datos extraídos de la página web de la Dirección General de Mercado Interior http://europa.eu.int/comm/internal_market/public-procurement/introduction_en.htm y del *Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España*, Ministerio de Hacienda, 2004, p. 25.

19. El cuadro resumen presentado por Atkins sobre el reparto entre los países miembros de los efectos económicos de la apertura de la contratación pública puede verse en LAVAISSIERE de LAVERGNE, "Le contexte économique...", *op. cit.*, p. 27.

20. Ya hace tiempo que R. DRAGO sostuvo que la libre competencia aplicada a la contratación de suministros por las administraciones públicas tiene necesariamente un ingrediente antiinflacionista. "Les incidences communautaires sur le droit des marchés publics et des marchés des entreprises publiques", en el libro colectivo dirigido por J. Ridau, *La France et les Communautés Européennes*, LGDJ, París, 1975, p. 863.

21. Así opina también OJEDA MARIN, para quien la ruptura del proteccionismo en este sector, además de un ingrediente antiinflacionista, conllevaría un aumento espectacular de potenciales clientes y consumidores de naturaleza pública, favoreciendo así la creación y fortalecimiento de economías de escala. "La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública", RAP, 116, 1988, p. 413. Esta misma opinión es compartida por MARTÍN BURGOS. "El Derecho comunitario y la contratación pública. Situación y perspectivas", *Gaceta Jurídica de la CEE*, 59, 1989.

22. Como bien destaca R. STÖBER, la liberalización de la contratación pública es piedra de toque de cara a la construcción del mercado interno europeo. *Derecho Administrativo Económico*, MAP, Madrid, 1992, p. 381. Así lo demuestra, por lo demás, el expresivo título del libro de F. LAURIA, *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Utet, Torino, 1991.

23. Vid. FERNÁNDEZ NAVAJAS, "La contratación pública en el ordenamiento comunitario", *Revista Jurídica de Navarra*, 9, 1990, p. 197.

de sus costes a través de los efectos del rendimiento de escala y un aumento de su eficacia gracias al efecto de la competencia.²⁴

—Los poderes adjudicadores y los usuarios se beneficiarán de unas posibilidades de elección mayores, tanto de bienes como de servicios, lo que permitirá ahorros importantes en los presupuestos públicos de los estados miembros y podrá asegurarse una mayor satisfacción de los intereses de usuarios y consumidores.

—Se beneficiarán las estructuras comerciales e industriales de la Comunidad.

Sin embargo, y a pesar de que han transcurrido más de veinticinco años desde la adopción de la primera directiva sobre contratación pública, los resultados económicos aún no son del todo satisfactorios. En su Comunicación sobre contratación pública en la Unión Europea, de 11 de marzo de 1998, la Comisión describe la situación de la contratación pública en el ámbito comunitario y propone la adaptación de los instrumentos de su política a las actuales exigencias. En efecto, como ya se indicaba en el *Libro verde* de 1996, dichas exigencias han cambiado, como lo han hecho también los posibles instrumentos aplicables. Entre las prioridades fijadas en la Comunicación figuran las siguientes acciones: simplificación del marco jurídico y adaptación de éste a la nueva era electrónica, logro de un mayor respeto de las normas existentes, incremento del número de proveedores que responden a las licitaciones y refuerzo de la sinergia con las demás políticas comunitarias. En esta Comunicación del 11 de marzo de 1998, se apuesta por la

instauración de procedimientos más flexibles y, en concreto, del procedimiento del diálogo competitivo y los contratos-marco, para dar respuesta a las críticas que afirman que los procedimientos actuales son excesivamente rígidos y formalistas, y que su estricto respeto provoca disfuncionalidades en la adjudicación de contratos.²⁵ Por otra parte, debía tenerse en cuenta que el número de iniciativas de licitación electrónica había aumentado, procurando ahorro y beneficios a las administraciones públicas y también a las empresas.²⁶ La contratación pública a través de internet ofrece, además de los beneficios financieros, un acceso más sencillo a los mercados mundiales, al proporcionar más visibilidad y unos procesos administrativos más simples. Estos nuevos horizontes pueden ser particularmente beneficiosos para las PYME, al permitirles buscar oportunidades fuera de su entorno más inmediato. En el caso de las administraciones públicas, la licitación electrónica puede posibilitar un proceso integrado, desde la preparación y notificación electrónica y publicación de la licitación, hasta el pago final y cierre del contrato. Esto puede incluir el acuse de recibo de las licitaciones electrónicas, evaluar, adjudicar, expedir y dirigir el contrato electrónicamente y realizar pagos en línea. Para las empresas, abre la posibilidad de utilizar técnicas de preselección automáticas para buscar licitaciones interesantes en todo el mundo. También permite la utilización de formularios electrónicos normalizados, que deben ser rellenados una única vez, la entrega electrónica de la licitación, la firma en línea del contrato y facturación electrónica.²⁷

24. La importancia económica de los bienes y servicios destinados al sector público y paraestatal y, por lo tanto, el impacto que puede ejercer la liberalización de la contratación pública a la hora de adjudicación de los mismos se pone claramente de relieve, como indica A. MATTERA, si se atiende, en primer término, a que esos bienes y servicios representan una parte nada desdeñable y siempre creciente del consumo global de la Comunidad. En segundo lugar, a que alguno de los sectores de producción afectados ocupan una posición estratégica de primer orden para potenciar una política industrial y tecnológica íntegramente comunitaria. *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, op. cit., p. 385.

25. Sobre su fundamentación y experiencia puede consultarse GIMENO FELIU, "Los nuevos procedimientos contractuales: Posibilidad de introducción del diálogo competitivo", *Revista de Administraciones Públicas*, 2, y por J. MILES y W. BULLIVANT en el libro *Public Procurement in Europe*, Jornadas de la ERPA del 26 de noviembre de 1998. En todo caso, sin negar las posibles virtudes de este tipo de procedimiento, en nuestra opinión no debe ser extendido con carácter general, sino que, para concretos supuestos tasados recogidos por la norma, podrá sustituir al procedimiento negociado con publicidad, estando llamado a desempeñar un papel más relevante en el campo de los sectores excluidos, donde, por su objeto, es más normal que las condiciones tecnológicas aconsejen acudir a este mecanismo. No ha sido ésa, sin embargo, la opción del legislador comunitario, que ha excluido esta posibilidad en estos sectores

reservándola para los contratos "clásicos". En conclusión, puede parecer interesante, una vez analizados con calma los beneficios y costes, la implantación del procedimiento de diálogo competitivo, en el que deberán primar, por su naturaleza, los aspectos de diálogo técnico, siempre y cuando el mismo tenga unos claros límites y se complemente (y no excluya) con los actuales procedimientos de contratación existentes que, como tales, actualizados si se desea, siguen teniendo un importante papel que desarrollar.

26. El programa de la Unión sobre el intercambio electrónico de datos (IDA, según sus siglas en inglés), está cotejando y publicando ejemplos de buenas prácticas. El plan de acción eEurope ha identificado la licitación electrónica como un área clave donde los adelantos tecnológicos pueden suponer un impacto significativo. Publicar licitaciones en internet revela una mayor transparencia y reduce los costes: por ejemplo, el Ministère de l'Équipement de Francia estima que la utilización de su sistema de licitación electrónica, SAOMAP, ha significado un ahorro de 150 millones de euros para las empresas y una cifra similar para la Administración.

27. Sin embargo, el acceso transfronterizo a la contratación pública a través de internet en la Unión es sólo posible si pueden evitarse los obstáculos (bautizados *eborders* en inglés) mediante un alto grado de interoperabilidad. La Comisión ya está abordando estos desafíos por medio de sus programas SIMAP y TED, que proporcionan, respectivamente, información de fondo sobre mercados de adquisición y facilitan las búsquedas de licitaciones en el *Diario*

Con este estudio se trata de reflexionar sobre la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento nacional y cómo debe realizar la interpretación de éste de cara a una correcta y leal aplicación efectiva de los principios comunitarios, destacándose las principales ventajas que comporta la ampliación del campo de actuación de empresarios y proveedores, lo que necesariamente deberá traducirse en una reducción de costes a través de los efectos de rendimiento de escala, y en un aumento de eficacia como consecuencia de la competencia; así como una mayor posibilidad de elección por parte de los poderes adjudicadores, con ahorro de dinero público y mejores satisfacciones desde el punto de vista de los ciudadanos.²⁸

2. La evolución de las directivas sobre contratación pública y situación presente

En efecto, el Tratado de Roma no contemplaba ninguna disposición expresa sobre los contratos públicos, a los que sin embargo cabía extender la aplicación de determinados principios generales contenidos en el mismo: la no-discriminación en razón de la nacionalidad; el que prevé la libre circulación de personas y suprime las restricciones al derecho de establecimiento; la libertad de circulación de servicios, o el que se concreta en la garantía de la libre circulación de mercancías o productos.

Es a comienzos de la década de los setenta cuando la Comunidad Económica Europea decide emprender abiertamente una importante reforma en el ámbito de la contratación administrativa, con el objetivo de dotarla de una mayor transparencia, asociándola a los principios comunitarios, y el propósito de aumentar el grado de competencia intracomunitaria, al abrir –cuando se superan determinados umbrales económicos– a pública convocatoria la adjudicación de los contratos celebrados por las administraciones públicas europeas. Desde entonces, se ha ido sucediendo un número considerable de normas –mediante la técnica de la “aproximación legislativa”–, con el objeto de paliar las barreras a la contratación pública en la Comunidad, y tratar de reducir el hábito y, en lo posible, invertir la tendencia de la “compra nacional”, abriendo dichos sectores a la competencia intracomunitaria. La primera iniciativa de los años 70, a través de

varias directivas, abordaba la regulación de la contratación pública con el fin de erradicar conductas patológicas estableciendo unas reglas especiales que garantizaran especialmente la apertura de este sector comercial, reforzando la competencia y la transparencia, y eliminando todavía más, si cabe, los obstáculos directos e indirectos que siguen siendo practicados por los operadores económicos, de cara a la consecución de un mercado único interior. El fundamento de estas normas descansaba en la constatación de unas prácticas estatales claramente proteccionistas por las que se eludía una auténtica competencia. Los principales motivos de esta política anticoncurrencial son claramente detallados por A. Mattera, a quien ahora resumimos.²⁹

–En ciertos casos, la contratación pública es herramienta preeminente para dar salida a ciertos productos de tecnología avanzada y garantizar por esa vía la rentabilidad industrial y comercial de los gastos de investigación y desarrollo de las empresas nacionales, en muchos casos subvencionadas por el Estado.

–En otras ocasiones, una determinada política de contratación pública tiende a favorecer a empresas instaladas en zonas económicamente subdesarrolladas o en declive, otorgándoles un trato preferencial frente al resto de empresas competidoras. En este caso, el fin de dicha política es favorecer el desarrollo industrial y económico de esas zonas consideradas como de prioritario desarrollo.

–A veces, la contratación pública trata de promover la transformación y la adaptación de las estructuras de producción, favorecer la reconversión industrial, luchar contra el desempleo, reactivar las inversiones o compensar a sectores discriminados, etcétera.

–Finalmente, debe tenerse en cuenta la existencia de obstáculos psicológicos, que obedecen a una mentalidad reacia a las mutaciones profundas que requiere la integración económica de los estados miembros, a una forma de comprender las realidades políticas y económicas en un contexto exclusivamente nacional, a la confianza en la fiabilidad de las producciones y técnicas nacionales, al “patriotismo”, a las influencias, etc., e incluso a razones de “comodidad”.

Con estas primeras directivas, la Comunidad Europea intentaba que los mercados nacionales se

Oficial de la UE. Mientras estos dos proyectos cubren la fase de publicación, el programa IDA aborda en la actualidad las cuestiones transfronterizas en todas las etapas del proceso de licitación. Entre las fronteras electrónicas identificadas en la actualidad están: falta de interoperabilidad entre firmas electrónicas diferentes; falta de interoperabilidad entre tarjetas inteligentes y lectores de tarjetas inteligentes, como dispositivos de firma; falta de normalización de los catálogos electrónicos, y falta de normalización para interpretar los documentos escritos en lenguaje de marcado extensible. El

estudio de cada caso y las propuestas para derribar las fronteras electrónicas se complementan con encuentros regulares entre expertos que trabajan en este terreno de los estados miembros, del Área Económica Europea y de la Comisión para intercambiar información y experiencias.

28. Sobre los principios inspiradores de esta reforma me remito a mi monografía *El control de la contratación pública*, Civitas, Madrid, 1995, p. 46-57.

abrieran a la competencia comunitaria, pero su concreta aplicación día a día fue un “fracaso”, dado que el objetivo de esas directivas no fue conseguido como consecuencia de la “evasión” en la aplicación de la normativa mediante distintas “corruptelas jurídicas”, como las que a continuación, a título meramente indicativo, se mencionan:

a) La utilización de determinados criterios de selección de contratistas que favorecían previamente a ciertos licitadores.³⁰

b) La descentralización (incluso fragmentación) de la contratación pública, con la consiguiente dificultad de un control eficaz.

c) La utilización de forma abusiva de las excepciones en los procedimientos ordinarios de contratación.

d) Diversos errores en las trasposiciones de las directivas.

e) La aplicación de normativas técnicas nacionales restrictivas frente a empresas no nacionales (que ha sido posible por la ausencia de normativa comunitaria en materia de normalización y estandarización).³¹

Esta situación, reiteradamente denunciada por las autoridades comunitarias, obligaba a una reforma en profundidad que, como indica Ojeda Marín, permi-

tiera una efectiva apertura de la contratación pública a través de una mayor transparencia de la información y accesibilidad a la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos y de la supresión de cuantos obstáculos técnicos (y jurídicos) restringen la posibilidad de intercambios.³²

Como remedio a esta situación, se inició una reforma en profundidad de los contratos públicos, de tal forma que la Comunidad Europea comenzó, a fin de conseguir una liberalización efectiva de la misma, una acción de gran calado para poder reformar la totalidad del marco normativo de la contratación pública.³³ A través de la misma, se pretendía sustituir la anterior normativa sobre esta materia,³⁴ cuya finalidad era la de facilitar la libertad de circulación (artículo 9 del TCE), dotándola de una mayor transparencia, información, accesibilidad, especificación y equidad a los procedimientos de adjudicación, por tratarse de un campo excesivamente protegido por los estados miembros.³⁵ La finalidad de la misma era, en suma, la eliminación de las restricciones a la libre contratación, para que las empresas comunitarias que concurren a la obtención de un determinado contrato con un “poder público” se encuentren en condiciones de igualdad práctica.³⁶

29. A. MATTERA, *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, p. 386.

30. Un ejemplo de tal práctica la tenemos en el incorrecto uso dado a los procedimientos de adjudicación dispuestos por la normativa (concurso y subasta), pues no existe libre disponibilidad en la elección de los mismos, ya que cada uno cumple una función concreta (al igual que sucede con las distintas normas y el principio de función normativa), que no dejan margen de elección al ente contratante, de tal manera que para cada supuesto de contratación uno u otro, pero nunca los dos, serán los adecuados. El problema ha venido con la proliferación del criterio del concurso, que, si bien aparentemente, satisface los objetivos de concurrencia, en determinados casos en los que se ha abusado injustificadamente del mismo se ha buscado lo contrario, lo que ha repercutido en un mayor costo de la contratación, que no se debería haber producido de haber utilizado el procedimiento de subasta. En definitiva, debe reivindicarse la necesidad de aplicación de este último criterio en los casos en que lo importante sea el precio —lo que sucederá en múltiples ocasiones— dejando el criterio del concurso para los supuestos en que realmente (y esto podrá ser controlado por los jueces a través de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, ya que no hay aquí discrecionalidad) lo importante a la hora de decidir sea un proyecto técnico que no puede ser elaborado previamente por la Administración.

31. En términos similares, C. BRECHON-MOULENES considera como principales causas del fracaso de estas directivas las siguientes: a) ciertas debilidades de las mismas que se concretan en la difícil articulación de los textos, la insuficiencia de las obligaciones impuestas para favorecer la transparencia, la inexistencia de mecanismos de control y de sanción por incumplimiento, excesivas “excepciones” a su ámbito de aplicación; b) la falta de ambiente jurídico en la reglamentación de los controles públicos, y c) la ausencia de dinamismo político de los estados [“L'échec des Directives Travaux et Fournitures de 1971 et 1976”, RFDA, 4 (5), 1988, p. 753 y ss.]. Esta

misma opinión es compartida por C. HEN y G. GUILLERMIN en su trabajo “Les marchés publics de fournitures et l'adaptation de la directive du 21 décembre 1976”, RMC, 332, 1989, p. 646-648.

32. OJEDA MARÍN, “Hacia un sistema de contratación pública acorde con el mercado interior”, *Revista Instituciones Europeas*, vol. 15, 3, 1988, p. 821-840. Sobre los efectos económicos de esta liberalización de la contratación pública puede consultarse GARCÍA DE BLAS, “Apertura de la contratación pública a las empresas comunitarias”, *Revista Economía Industrial*, 269, 1989, p. 113-122.

33. En la preparación del paquete de directivas sobre contratación se reserva un importante papel no sólo a las instituciones comunitarias y muy particularmente a la Comisión Europea, a quien le es confiado el monopolio de la iniciativa legislativa comunitaria, sino también a sus órganos consultivos especializados, como el Comité Consultivo para la apertura de la contratación pública.

34. *Vid.* las directivas 71/304/CEE, 71/305/CEE y 72/277/CEE, y la Decisión 71/306/CEE, relativas al contrato de obras; la Directiva 77/62/CEE, en cuanto a los contratos de suministro, y las directivas 70/62/CEE y 80/767/CEE.

35. Sobre la evolución del Derecho comunitario y su jurisprudencia resulta de interés el trabajo de J. A. MORENO MOLINA en “Reciente evolución del Derecho comunitario en contratación pública”, en el libro colectivo *Contratación de las administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004.

36. Como advierte la reciente STJCE de 1 de febrero de 2001, el objetivo de las directivas consiste en excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras, como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico.

El resultado de esta actividad normativa fue la aprobación de las siguientes directivas:³⁷

–Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo, sobre contratos públicos de suministro.

–Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio, sobre contratos públicos de obra.

–Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras.

–Directiva 90/531/CEE, de 29 de octubre, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

–Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

–Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

–Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

–Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra.

–Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.³⁸

–Directiva 2001/78/CEE de la Comisión, de 13 de septiembre (Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos), que entrará en vigor a los veinte días de su publicación y que da como plazo próximo de su transposición el 1 de mayo de 2002.

Éste parecía ser el resultado final del intenso programa legislativo de la Comunidad en lo relativo a la apertura de la competencia en el mercado de la contratación pública, al que necesariamente debían adaptarse y respetar los distintos ordenamientos jurídicos nacionales,³⁹ pudiendo hablarse de la existencia en la actualidad de un nuevo “Derecho comunitario de la contratación pública”.⁴⁰

Sin embargo, era una etapa más, de tal manera que recientemente se han reformado estas directivas optando por una simplificación y refundición mediante dos nuevas directivas,⁴¹ que regulan la contratación en sectores especiales y en el sector público, aprobadas el 31 de marzo de 2004: son las directivas 17 y 18, respectivamente. Esto ha de obligar a una reforma

37. Un comentario sobre el contenido de todas ellas, en M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996; MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, y ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

38. Estas últimas directivas han sido objeto de reforma parcial por la Directiva 97/52/CE, de 13 de octubre de 1997 –sectores clásicos– y por la Directiva 98/4/CE, de 16 de febrero –sectores especiales–, existiendo en la actualidad un proceso de refundición de todas ellas. Aunque no es norma específica de contratación pública, debe advertirse que en caso de morosidad por el impago, por efectos de la Directiva 2000/35/CE (no transpuesta antes del día 8 de agosto de 2002), se han elevado los intereses de demora de forma considerable (interés legal del dinero fijado por el Banco Central Europeo, incrementado en siete puntos). La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, ha transpuesto efectivamente esta Directiva y ha establecido medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Sobre la incidencia de esta ley en la contratación pública, puede consultarse J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La aplicación a la contratación administrativa de la Ley de medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales”, *Revista Estudios Locales* (CUNAL), 82, 2005, p. 43 a 62.

39. Vid. SAMANIEGO BORDIU, “La apertura de los contratos públicos en la Comunidad Económica Europea: Situación actual y perspectivas”, *Noticias CEE*, 88, 1992, p. 103. Un interesante balance sobre la aplicación de las mismas puede verse en el trabajo de M. A. FLAMME y P. FLAMME, donde abordan las nuevas modalidades de procedimiento que permiten asegurar la efectividad de la normativa comunitaria. En su opinión, la persistencia de las discriminaciones y la variedad de sus métodos, “el favoritismo como un arte”, debe ceder ante estos

mecanismos. Los motivos de inquietud subsisten pero, transcribiendo sus palabras, “le contentieux des commandes publiques se met en place. On ne l’arrêtera pas” (“La réglementation communautaire en matière des marchés publics. Le point de vue sur le contentieux”, *Revue du Marché Unique Européenne*, 3, 1993, p. 13-58). Asimismo, en relación con la Directiva “servicios” resulta de interés el trabajo de M. MENSI, “L’ouverture à la concurrence des marchés publics de services”, *Revue du Marché Unique Européen*, 3, 1993, p. 59-86.

40. Las nuevas directivas conforman, ahora sí, un verdadero Derecho de los contratos públicos. Opinión que comparte A. M. LEBOS-LE POURHET, “Droit communautaire et droit administratif”, *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 3, 2, 1991, p. 396.

41. En la tramitación de dichas normas pueden tenerse en cuenta los siguientes documentos: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras [COM(2002) 236 final - 2000/0115(COD)]; con Posición común (CE) 33/2003, de 20 de marzo de 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios [DOUE C 147 E, 24 de junio de 2003 (2003/C 147 E/01)]. Entre sus novedades puede señalarse que la Comisión propone la introducción de mecanismos de compra electrónica, la introducción de un nuevo procedimiento (el denominado diálogo competitivo) y el reforzamiento de los criterios de selección y adjudicación, la posibilidad de concluir acuerdos-marco, la clarificación de las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas, introducción de un vocabula-

del marco legislativo español antes del 31 de enero de 2006. Debe advertirse que el 29 de octubre de 2004 el DOUE publicó el Reglamento (CE) número 1874/2004 de la Comisión, de 28 de octubre de 2004, por el que se modifican las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.⁴² Posteriormente se vuelven a modificar por el Reglamento (CE) 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005, por el que se modifican las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.

Los umbrales actualmente vigentes son: para los contratos de suministros, 137.000 euros, IVA excluido; para los contratos de consultoría y asistencia o de servicios, 211.000, IVA excluido, en los contratos de la categoría 8 ("Investigación y desarrollo") del artículo 206 del TRLCAP y en los contratos de la categoría 5 ("Telecomunicación") del mismo precepto, cuando consistan en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, en servicios de conexión y en servicios integrados de telecomunicaciones; 137.000 euros, IVA excluido, en los restantes contratos de las categorías 1 a 16 del artículo 206 del TRLCAP, si los convenios se celebran por la Administración General del Estado y sus organismos autónomos; 236.000 euros, IVA excluido, en los restantes contratos de las categorías 1 a 16 del artículo 206 del TRLCAP, si los convenios se celebran por los restantes.

Entre las novedades de la Directiva 2004/18, puede señalarse que se propone la introducción de mecanismos de compra electrónica (subasta electrónica y siste-

ma de adquisición dinámica), destacando igualmente –junto con la introducción de un nuevo procedimiento (el denominado *diálogo competitivo*)– el reforzamiento de los criterios de selección y adjudicación, la posibilidad de concluir acuerdos-marco, las centrales de compras, la clarificación de las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas, introducción de un vocabulario común de contratos públicos.

Especial referencia conviene realizar a la contratación en los denominados *sectores especiales*⁴³ y la reforma que de los mismos ha efectuado la Directiva 2004/17, de 31 de marzo (DOUE de 5 de mayo), de contratación en los sectores del agua, la energía, transportes y servicios postales, con un plazo de transposición fechado en el 31 de marzo de 2006, salvo para lo dispuesto en su artículo 30, que prevé como fecha límite el 30 de abril de 2004.⁴⁴ La contratación en los sectores abarca un ámbito de aplicación realmente extenso,⁴⁵ afectando a miles de empresas y entidades en la Comunidad, tanto poderes públicos como empresas públicas y privadas, y que tienen por objetivo crear unas reglas o procedimientos jurídicos específicos que garanticen la apertura de este sector industrial y comercial, y permitan reforzar la competencia y la transparencia, y eliminar progresivamente los obstáculos directos e indirectos que siguen siendo practicados por los operadores económicos, a fin de asegurar un mercado único interior.⁴⁶

Obsérvese que del ámbito de aplicación de esta norma han salido las telecomunicaciones, incorporándose al mismo el sector de los servicios postales. En todo caso, y como especial singularidad de esta Directiva, debe llamarse la atención a la previsión que incorpora, por la que se prevé que cuando uno de estos sectores esté plenamente liberalizado –y así

rio común de contratos públicos. Sobre esta propuesta de reforma resulta de interés el trabajo de R. WAINWRIGHT, "Marchés publics. Refonte des Directives", *Revue de Marché Commun et de la Unión Européenne*, 444, 2001, p. 394-400; BERMEJO VERA, "Objetivos, principios y prospectiva de la política comunitaria de contratos públicos", *Revista Gallega de Administración Pública*, 29, 2002, p. 141-164.

42. Mediante el Reglamento 1564/2005 y la Directiva 2005/51/CE de la Comisión, de 7 de septiembre, se establecen los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el marco de las directivas 17 y 18 de 2004.

43. Sobre el contenido de las directivas de los años 90, puede consultarse el libro colectivo dirigido por V. LÓPEZ-IBOR, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997, y el libro colectivo *Contratación empresarial en los sectores de transportes, energía, telecomunicaciones y agua potable. Los llamados contratos de interés público*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996.

44. Los antecedentes de esta norma son la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios

postales [COM(2002) 235 final - 2000/0117(COD)], existiendo Posición común (CE) 34/2003, de 20 de marzo de 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales [DOCE C 147 E, de 24 de junio de 2003 (2003/C 147 E/02)]. El Consejo de la Unión Europea aprobó el 2 de febrero, en tercera lectura, las Propuestas de Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

45. Así lo advierte también BERMEJO VERA, "Los contratos de servicios en los sectores excluidos", en el libro colectivo *La contratación en los denominados sectores excluidos*, *op. cit.*, p. 163.

46. A. PIROCHE considera que la nueva normativa sobre contratación pública y sectores "excluidos" permitirá una mejor satisfacción de las reglas de competencia por parte de los compradores públicos. "Droit communautaire et concurrence dans les marchés publics", *Revue Marché Public*, 245, 1989, p. 55-58.

se acuerda por la Comisión— dejará de ser de aplicación esta norma, regulándose sus contratos por el Derecho privado. La exclusión del sector de las telecomunicaciones del ámbito objetivo de aplicación de la nueva Directiva se apoya, en opinión del legislador comunitario, en la efectividad del marco legislativo liberalizador seguido en este sector, que ha permitido “la introducción de una competencia efectiva, tanto *de iure* como *de facto*” en el mismo. Tal como señala el considerando 5 de esta norma, a título informativo, y habida cuenta de dicha situación, la Comisión ha publicado una lista [ver DO L 156 de 3 de junio de 1999] de los servicios de telecomunicaciones que pueden ser ya excluidos con arreglo al artículo 8. En el séptimo informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones, de 26 de noviembre de 2001, se han confirmado progresos adicionales. Ya no es necesario —concluye el citado considerando— que se regulen las compras de las entidades que operan en este sector.

El aspecto quizá más destacado de la nueva regulación, además de la exclusión del sector de las telecomunicaciones y la introducción de los servicios postales, es la fijación (artículo 30) de un procedimiento para establecer si una determinada actividad está sometida directamente a la competencia. Así, se señala que la Directiva no se aplicará a los contratos destinados a hacer posible la prestación de una actividad contemplada en los artículos 3 a 7, siempre que en el Estado miembro en que se efectúe dicha actividad ésta esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado. Para determinar si una actividad está sometida directamente a la competencia, se utilizarán criterios que sean conformes a las disposiciones del Tratado en materia de competencia, como las características de los bienes o servicios de que se trate, la existencia de bienes o servicios alternativos, los precios y la presencia real o potencial de más de un proveedor de los bienes o servicios de que se trate. Y se considerará que el acceso a un mercado no está limitado cuando el Estado miembro haya incorporado a su legislación nacional y aplicado las disposiciones de la legislación comunitaria mencionada en el anexo XI. Cuando no pueda presumirse con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero el libre acceso a un mercado determinado, deberá demostrarse que el acceso al mercado en cuestión es libre *de facto* y *de iure*. Cuando un Estado miembro estime que, en cumplimiento de los apartados 2 y 3, es de aplicación a una determinada actividad el apartado 1, deberá notificarlo a la Comisión, a quien informará de todas las circunstancias pertinentes, y en especial de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa o de cualquier acuerdo relativos a la conformidad con las condiciones mencionadas en el aparta-

do 1, en su caso junto con la posición adoptada por una autoridad nacional independiente que sea competente en la actividad de que se trate.

La nueva Directiva 2004/17 subraya nuevamente en el considerando 9 que son principios inspiradores de esta norma los derivados de los artículos 14, 28 y 49 del Tratado y 97 del EURATOM y, por tanto, los principios de igualdad de trato, no-discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Asimismo, el considerando 55 afirma con claridad que “la adjudicación del contrato debe efectuarse con arreglo a criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no-discriminación e igualdad de trato y la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva”, pero añade que “conviene admitir sólo la aplicación de dos criterios de adjudicación: el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa”.

El considerando 55 añade que cuando las entidades adjudicadoras decidan adjudicar un contrato al licitador económicamente más ventajoso, deben evaluar las ofertas para determinar cuál ofrece la mejor relación calidad/precio. A tal fin, deben determinar los criterios económicos y cualitativos que, en conjunto, permitan establecer la oferta económicamente más ventajosa para la entidad adjudicadora. La determinación de dichos criterios depende del objeto del contrato, ya que deben permitir que el nivel de rendimiento ofrecido por cada oferta se evalúe a la luz del objeto del contrato, tal como se define en las especificaciones técnicas, y que se mida la relación calidad/precio de cada oferta. A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios para la adjudicación del contrato deben hacer posible la comparación y evaluación objetiva de las ofertas. Si se cumplen dichas condiciones, los criterios económicos y cualitativos para la adjudicación del contrato, como la satisfacción de los requisitos medioambientales, permitirán que la entidad adjudicadora satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se manifiesta en las especificaciones del contrato. Bajo las mismas condiciones, una entidad adjudicadora podrá utilizar criterios orientados a satisfacer los requisitos sociales, en particular en respuesta a las necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, de los grupos de población particularmente desfavorecidos, a los cuales pertenecen los beneficiarios/usuarios de las obras, los suministros o los servicios objeto del contrato. El considerando 55 de la nueva Directiva 2004/17 establece que para garantizar el respeto del principio de igualdad de trato en la adjudicación de los contratos, conviene establecer la obligación consagrada por la jurisprudencia de garantizar la transparencia necesaria que permita a todos los licitadores informarse razonablemente de los criterios y modalidades que se aplica-

rán para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Por consiguiente, será responsabilidad de las entidades adjudicadoras indicar los criterios de adjudicación del contrato y la ponderación relativa de cada uno de dichos criterios con la suficiente antelación para que los licitadores los conozcan en el momento de preparar sus ofertas.

Cabe destacar que la nueva Directiva 2004/17 señala que debe haber una definición adecuada de la noción de derechos especiales y exclusivos. Dicha definición tiene como consecuencia que el hecho de que, con el fin de construir las redes o las instalaciones portuarias o aeroportuarias, una entidad pueda recurrir a un procedimiento de expropiación, o utilizar el suelo, el subsuelo y el espacio situado sobre la vía pública para instalar los equipos de las redes, no constituye en sí mismo un derecho exclusivo o especial a efectos de la presente Directiva. El hecho de que una entidad suministre agua potable, electricidad, gas o calefacción a una red que a su vez sea explotada por una entidad que goce de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente del Estado miembro correspondiente tampoco constituye en sí mismo un derecho exclusivo o especial a efectos de la presente Directiva. Del mismo modo, los derechos que un Estado miembro reconozca, de cualquier forma, incluso mediante actos de concesión, a un número limitado de empresas basándose en criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, que ofrezcan a todos los interesados que puedan cumplirlos la posibilidad de beneficiarse de los mismos, no deben considerarse como derechos especiales o exclusivos.

Por último, como novedad que debe ser especialmente resaltada, debe advertirse que el artículo 30 –relativo al procedimiento para establecer si una determinada actividad está sometida directamente a competencia– tiene ya efecto directo al cumplirse el plazo de transposición, por lo que sería posible que sectores recogidos en el ámbito de esta Directiva se acogieran ya a lo allí dispuesto, por lo que, de cumplir los requerimientos, dejarían de estar sometidos a la misma, lo que en la práctica supone ya de por sí una importante modificación de la ley española vigente.⁴⁷

Como hemos señalado, la actividad de telecomunicaciones sale en la nueva regulación de la Directiva 2004/17 de este marco jurídico, al que se incorporan, sin embargo, los servicios postales. Así lo preceptúa el considerando 28 de la Directiva cuando señala que, habida cuenta de la continuación de la apertura

a la competencia de los servicios postales de la Comunidad y de que tales servicios son prestados a través de una red tanto por entidades adjudicadoras y empresas públicas como por otras empresas, conviene prever que los contratos adjudicados por las entidades adjudicadoras que oferten servicios postales estén sujetos a las normas de la presente Directiva. Así, el artículo 6 de la Directiva señala que ésta se aplica a los servicios postales o:

–Los servicios de gestión de servicios de correo (tanto los servicios previos al envío como los posteriores a él, tales como los servicios de gestión de salas de correo).

–Los servicios de valor añadido vinculados a medios electrónicos y prestados íntegramente por esta vía (incluida la transmisión segura de documentos codificados por vía electrónica, los servicios de gestión de direcciones y la transmisión de correo electrónico certificado).

–Los servicios relativos a envíos postales no incluidos en la letra a), como la publicidad directa sin indicación de destinatario.

–Los servicios financieros, tal como se definen en la categoría 6 del anexo XVII A y en la letra c) del artículo 24, y que incluyen, en particular, los giros postales y las transferencias postales.

–Los servicios filatélicos.

–Los servicios logísticos (servicios que combinan la distribución física y la lista de correos con otras funciones no postales).

Ahora bien, las entidades que suministren servicios postales no están actualmente sujetas a las normas establecidas en la Directiva 93/38/CEE. La adaptación de los procedimientos de adjudicación respecto de la presente Directiva podrían requerir, por consiguiente, más tiempo de aplicación por parte de dichas entidades que por parte de las entidades ya sujetas a aquellas normas, que tan sólo tendrán que adaptar sus procedimientos a las modificaciones que plantea la presente Directiva. Así pues, debe poder permitirse que se difiera la aplicación de la Directiva para satisfacer las obligaciones de calendario necesarias para la adaptación. En vista de la variedad de situaciones que presentan dichas entidades, los estados miembros deben tener la opción de facilitar un período de transición para la aplicación de la presente Directiva a las entidades adjudicadoras que operen en el sector de los servicios postales.

Junto con las directivas sobre contratación pública existen una serie de “documentos”, que vienen a com-

47. Al respecto téngase en cuenta la Comunicación de la Comisión con arreglo al artículo 8 de la Directiva 93/38/CEE, Lista de los servicios que se consideran excluidos, en virtud de su artículo 8, del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14

de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. DOUE C 115, 30 de abril de 2004 (2004/C 115/03).

plementar el panorama que configura el Derecho comunitario derivado, esto es, las directivas y los escasos reglamentos comunitarios de contratación pública. Ciertamente, estamos ante lo que la doctrina ha calificado de *soft law* o “Derecho blando”, cuya naturaleza jurídica ha sido puesta, en muchas ocasiones, en entredicho. No obstante, no podemos negar que este *soft law* puede ejercer diversas funciones y cumplir distintos roles: en unos casos como avance o anticipo de una intervención imperativa (vía *hard law*), pudiendo en otros actuar en cuanto alternativa a ese tipo de intervención, sin menospreciar aquellos supuestos en los que sirve de complemento del *hard law*. No obstante, no debemos ocultar que su principal (y tradicional) uso es el de parámetro de interpretación del *hard law* o Derecho imperativo.⁴⁸ Nos estamos refiriendo, de modo particular, a las comunicaciones interpretativas de la Comisión Europea y a los libros verdes y blancos, también de la Comisión. Respecto de las primeras, se trata de “actos atípicos” de la Comisión, pues las citadas comunicaciones no se encuentran recogidas en el elenco de fuentes que establece el artículo 249 del TCE (ni tampoco aparecen ahora mencionadas en los artículos I-33 a I-39 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa). En este nuevo Tratado aparecen enumerados los actos jurídicos de la Unión para el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, distinguiéndose los de carácter legislativo de los que carecen de él, además de unas normas reglamentarias delegadas de desarrollo y otras de ejecución. A través de las comunicaciones –a las que se irá haciendo referencia–, lo que se pretende es presentar de manera sistemática los principios que presiden un determinado sector, aportando precisiones, generalmente de la mano de la doctrina, pero sobre todo de la jurisprudencia del TJCE, a partir de las

48. Según ALONSO GARCÍA, el *soft law* cumple una función de *avance, anticipo o “sondeo”* cuando este tipo de textos tienen como misión la de explorar, antes de una intervención de naturaleza imperativa, posibles reacciones de las autoridades públicas nacionales y de los operadores privados. Estos instrumentos cumplen también una función *alternativa* en los casos en que resulta dudosa la competencia de las instituciones de la Unión para intervenir en una materia, de modo que se expresa su opinión a través de decisiones políticas de naturaleza programática. Otras veces, aparece como complemento del *hard law* o Derecho duro, imperativo, cuando en el mismo aparecen condicionamientos que dificultan e impiden una intervención completa por vía imperativa. Por último, el *soft law* actúa como *parámetro de interpretación* del Derecho imperativo, en aquellos casos en que resulta preciso orientar la conducta de administraciones y operadores privados en la dirección considerada por la Comisión como compatible con el ordenamiento comunitario. “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública*, 154 (2001), p. 74-79.

49. R. ALONSO GARCÍA, “El *soft law* comunitario”, *RAP*, 154, 2001, p. 72. Respecto de las comunicaciones de la Comisión, y sus diversas clases, REALE las clasifica, en primer lugar, según su destinatario sea otra institución comunitaria, o bien los estados miembros u opera-

dores económicos a las administraciones nacionales y a los operadores económicos un marco de referencia claro y coherente.⁴⁹ Como ha señalado Reale, en estas comunicaciones, la Comisión no discrepa nunca de la línea interpretativa seguida por el Tribunal de Justicia, no discute los principios por él individualizados, sino que profundiza en ellos y los especifica, bien poniendo de manifiesto los lazos que los unen con otras materias, haciendo una interpretación extensiva en otros casos, o bien reseñando casos concretos y particulares respecto de los cuales tales principios resultan aplicables.⁵⁰ En conclusión, estas comunicaciones tienen cierto valor normativo hasta por tres motivos:⁵¹

a) La institución de la que procede, la Comisión Europea (criterio subjetivo), a la cual debe reconocerse una función interpretativa, complementaria de la que viene asignada al Tribunal de Justicia.

b) El fin perseguido por el sujeto emisor, en el caso, interpretar de modo auténtico el concepto de concesión en el Derecho comunitario (criterio teleológico).

c) La técnica legislativa utilizada; es idéntica a la de los actos normativos emanados de las instituciones europeas (reglamentos y directivas), que siguen un procedimiento bifásico: en primer lugar, se presenta un texto-proyecto,⁵² y tras enriquecerlo con contribuciones de otras instituciones e interesados, se adopta el texto definitivo (criterio técnico-formal).⁵³

3. Los principios comunitarios básicos para garantizar la objetividad y el respeto a la libre competencia en la contratación pública

Los contratos públicos, al margen del umbral, están sometidos a ciertos principios que tienen vis expansiva incluso a los contratos públicos excluidos, como acaba de poner de relieve la sentencia del

dores económicos. Una segunda clasificación responde a la finalidad de estos documentos, que puede ser informativa, decisoria o interpretativa, si bien la autora indica que, a menudo, un mismo acto asume al mismo tiempo funciones de los tres tipos señalados. “Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità Europee”, *Rivista di Diritto Europeo*, 1993, p. 518-510.

50. M. C. REALE, “Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità Europee”, *Rivista di Diritto Europeo*, 1993, p. 516.

51. F. LEGGIADRO, en sus trabajos “Il progetto di Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni”, *Urbanistica e Appalti*, 1/2000, p. 18, y “La Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni”, *Urbanistica e Appalti*, 10/2000, p. 1071.

52. DOC 94/4, de 7 de abril de 1999, p. 4-13.

53. Esta opinión viene confirmada en la doctrina española por SANZ GANDÁSEGUI, para quien la ausencia de Derecho comunitario sobre el contrato de concesión de obras públicas queda compensada en parte con este texto (comunicación interpretativa), donde se contienen las claves conceptuales del contrato de una manera muy clara. F. SANZ GANDÁSEGUI, en A. Menéndez Menéndez (dir.), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2003, p. 83.

TJCE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen GmbH), al afirmar que los artículos 43 de la CE y 49 del TCE, así como los principios de igualdad de trato, no-discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión, que puede ejercer de forma autónoma.

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos y su interpretación debe, en todo caso, respetar los principios comunitarios referidos, no existiendo, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos en función de su umbral, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos contenidos en la Directiva, que deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.

En suma, en todo caso, como bien advirtiera Baño León, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica por que la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de un licitador que sea un organismo de Derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados.⁵⁴ Esta afirmación queda avalada por la reciente Comunicación interpretativa de la comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las

directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006):

“La presente Comunicación interpretativa se refiere a los dos grupos de contratos antes mencionados, a los que no se aplican las directivas sobre contratación pública o sólo se les aplican parcialmente. La Comisión expone su interpretación de la jurisprudencia del TJUE y propone lo que considera las mejores prácticas para ayudar a los estados miembros a obtener el máximo beneficio del mercado interior. La presente Comunicación no crea nuevas disposiciones legislativas. Cabe observar que, en cualquier caso, la interpretación del Derecho comunitario corresponde en última instancia al TJUE.

“1. Base jurídica.

“1.1. Normas y principios del Tratado CE.

“Las entidades adjudicadoras de los estados miembros deben cumplir las normas y principios del Tratado CE en todas las adjudicaciones de contratos públicos que entren en el ámbito del mismo. Estos principios incluyen la libre circulación de mercancías (artículo 28 del Tratado CE), el derecho de establecimiento (artículo 43), la libre prestación de servicios (artículo 49), la no-discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad y el reconocimiento mutuo.”

Y es que los principios sobre los que se basa la actual regulación comunitaria de los contratos públicos, como ya destacó Borrajo Iniesta para el anterior sistema de contratación pública comunitaria, guardan relación directa con las libertades fundamentales, presentando dos características: una primera, la de informar la normativa comunitaria y constituir instrumento básico de interpretación; la segunda, actuar como poder integrador ante lagunas del ordenamiento jurídico.⁵⁵ Y aquí debe tenerse muy en cuenta el destacado papel que en este punto debe desempeñar el TJCE, destinado a ser motor, a través de su jurisprudencia, de la auténtica consecución e implantación de los principios recogidos en la normativa sobre contratación pública.⁵⁶

54. Y es que, como bien afirma este autor, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las directivas comunitarias cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las administraciones públicas”, RAP, 151, 2000, p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS, en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras varias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en el libro colectivo *Estudios de Derecho público económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

55. BORRAJO INIESTA, “Las directivas sobre contratación pública como manifestación de la libertad comunitaria de circulación”, *Noticias CEE*, 21, 1986, p. 45-47. Vid. también BASSOLS COMA,

“Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa”, *Noticias CEE*, 21, 1986, p. 28-30. Más reciente puede consultarse el trabajo de C. ESCUIN PALOP, “Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, 46, 2005, p. 29- 41.

56. Al respecto, resulta sugestivo el trabajo de N. MICHEL, “La jurisprudencia de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence”, *Revue du Marché Unique Européen*, 3, 1994, p. 135-176. Estos principios no sólo inspiran la apertura de los mercados nacionales y la realización del mercado interior en lo que respecta a la contratación pública, sino que, además, como destaca MUÑOZ MARTÍN, ayudan a la coordinación de las disposiciones nacionales que regulan esta materia. “La contratación pública...”, *op. cit.*, p. 54.

Pues bien, brevemente, pueden citarse como principios fundamentales y más característicos de la actual normativa sobre contratación pública los siguientes:⁵⁷

1) *Respeto a las libertades comunitarias y consecución del objetivo de un mercado interior único.*⁵⁸

La apertura a la concurrencia del mercado de la contratación pública exige velar por el cumplimiento real de las libertades comunitarias, de tal manera que resultan contrarias a éstas las especificaciones técnicas que posean un efecto discriminatorio, tal como expresamente se ha reconocido en la STJCE de 9 de julio de 1987, al afirmar que los estados miembros tienen la libertad de dictar –o conservar– normas materiales o procedimentales sobre contratos públicos, siempre y cuando sean respetadas las normas comunitarias y, muy especialmente, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios.⁵⁹

Por otro lado, como otra vertiente del interés general, formando “contenido esencial” del mismo, la contratación pública de los distintos poderes públicos debe ir, ineludiblemente, vinculada a la protección de la libre competencia en el ejercicio de actividades socio-económicas,⁶⁰ principio que constituye, a su vez, como no podía ser menos, uno de los elementos determinantes del sistema económico comunitario.⁶¹ Así se manifiesta Font Galán, quien afirma que merca-

do y libre competencia económica constituyen los elementos fundamentales del sistema económico establecido por el TCE para la consecución de sus objetivos fundamentales: un sistema económico “corporeizado” en el mercado común y “animado” por la libertad de competencia.⁶² Y así se reconoce en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea al afirmar que la satisfacción de los objetivos comunitarios deberá respetar “el principio de una economía de mercado y de libre competencia”.⁶³ El derecho a la libre competencia, al igual que sucede con las libertades de circulación, establecimiento y prestación de servicios, tiene por finalidad garantizar el funcionamiento de una economía de mercado, transformando a éste en un auténtico espacio económico único, lo que condiciona la política económica de la Comunidad y de los estados miembros, pues las mismas deberán estar dirigidas a la obtención de una integración económica que repercuta favorablemente sobre el contexto socio-económico y que deberán estar articuladas sobre la base de la libre competencia entre los distintos operadores económicos.⁶⁴ No obstante, una cosa debe quedar clara, la política de contratación pública está orientada, ciertamente, a la consecución de objetivos de eficiencia económica, pero también, y esto conviene resaltarlo especialmente, a la consecución de objetivos sociales⁶⁵ y medioambientales⁶⁶ (configuradas como políticas propias en el Tratado). Es decir,

57. Me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003. Más recientemente, puede consultarse el libro de J. A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

58. Vid. C. BRUETCHY, “L’ouverture des marchés publics a la concurrence communautaire”, *Revue Marché Publics*, 332, 1989, p. 593 y ss.

59. Analiza con mayor detalle esta cuestión PIÑAR MAÑAS en su trabajo “El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria”, en el libro *Homenaje al profesor González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, p. 776-781.

60. Vid. GIMENO FELIU, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 140-151.

61. Vid. ALONSO UREBA, “El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas”, en *Tratado de Derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1986, p. 258 y 274, y GONDRA ROMERO, “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea”, *Tratado Derecho comunitario*, vol. I, Civitas, Madrid, 1986, p. 280.

62. FONT GALÁN, *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, p. 22-23.

63. Lo que significa, en palabras del profesor MARTÍN MATEO, que la filosofía que anima al TCEE milita en favor de la eliminación de las barreras económicas teniendo por objetivo final la consecución de un mercado único en aras a la obtención de un mayor progreso económico y social. *Liberalización de la economía. Más Estado y menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988, p. 109.

64. Al respecto, por todos, vid. A. MATTERA, *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, traducción española, Civitas, Madrid, 1990, p. 31 y ss.

65. FONT GALÁN, *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, p. 22 y ss., y GIMENO FELIU, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, op. cit., p. 145-151.

66. El Tratado de Amsterdam da un nuevo salto cualitativo en la protección del medio ambiente, a través de la formulación renovada del principio y objetivo del desarrollo sostenible, modificándose el considerando número siete del preámbulo del Tratado de la Unión para incluir la expresa mención de dicho principio, declarándose que los estados miembros están “decididos a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente”, y se da nueva redacción a esta materia en los preceptos relativos a los propios objetivos de la Unión Europea (artículo B, ahora 2, de las disposiciones comunes que constituyen el “frontispicio común” de aquellos tres pilares que componían el Tratado de la Unión), y en el artículo 2, sobre objetivos del Tratado de la Comunidad Europea, aunque dicho principio ya estuviera recogido en los mencionados preceptos. La Comunidad, se señala, promoverá “un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente” (artículo 2 del TCE). Se subraya, asimismo, el principio de integración de las exigencias de la defensa o protección del medio ambiente en la definición y aplicación del resto de las políticas comunitarias, situándolo en el nuevo artículo 6 (anterior 3.C, añadido por el artículo 2.4 del Tratado de Amsterdam). Y se introduce el principio de “flexibilidad o cooperación reforzada” (artículo 11; antiguo 5.A), que podrá permitir que un grupo de estados miembros avance hacia una mayor integración normativa en un área determinada con relación a otros que decidan no asociarse a tal proceso de

debe tener como principal objetivo institucionalizar un modelo de competencia funcional, eficaz, y efectiva, que debe tomar en consideración los costes sociales reales que el propio sistema competitivo genera, ya que, como señala G. Bosco, en el marco de la construcción del mercado único europeo conviene dar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos y, por tanto, ambos deben ser desarrollados de forma equilibrada.⁶⁷

La Comunidad es un ente que tiene una alta vocación social, motivo por el que la Comunidad Europea, a través de sus concretas políticas y regulaciones, no sólo debe tender a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población comunitaria. Y tal exigencia deriva del propio contenido de los artículos 2 y 3 del TCE, ya que la función social del mercado interior debe servir en definitiva para mejorar las condiciones sociales y medioambientales del ciudadano.⁶⁸ Y de conformidad a esta exigencia se ha desarrollado la actuación de la Comisión, que ha realizado un esfuerzo de coordinación de la política de competencia con el resto de las políticas económicas y sociales, siendo uno de sus principales objetivos desarrollar una política de competencia acorde con una política de defensa del empleo, de la productividad y de los intereses de los consumidores y usuarios y de respeto al medio ambiente.⁶⁹ Y es que la eficacia económica no puede ir desligada de los intereses concretos de los ciudadanos-consumidores, pues éstos conforman una pieza clave del sistema económico, y como tales deberán ser considerados⁷⁰ (y así se recoge en el artículo 6 del TCE).

Y esto tiene su trascendencia en el caso que ahora nos ocupa, pues cualquier decisión sobre contratación pública, además de orientada a la búsqueda de una mayor eficiencia económica, deberá también

mayor integración en materia de legislación medioambiental. Objetivo que ya había sido considerado como esencial por la STJCE de 7 de febrero de 1985 (Procurer de la République). Como bien destaca PRIETO ÁLVAREZ, es hora de superar al aparente antagonismo entre medio ambiente y competencia, dado que ambos son objetivos compatibles y no antagonicos. "Medio ambiente y competencia en el Derecho de la Unión Europea. En busca del adecuado punto de equilibrio", NUE, 207, 2002, p. 120.

67. G. BOSCO, *Il Mercato Interno della Comunità Economica Europea*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 53.

68. Vid. R. MONACO, *Lezioni di organizzazione internazionale, Vol. II, (Diritto dell'integrazione europea)*, Giappichelli, Turin, 1975, p. 116-117.

69. Como opina FONT GALÁN, no puede olvidarse que la consecución de los objetivos de la Comunidad Europea no sólo supone la realización de los intereses económicos nacionales de los estados miembros, sino también la realización de los intereses individuales y "difusos" de los ciudadanos (consumidores). *La libre competencia en la Comunidad Europea, op. cit.*, p. 24.

70. Para G. Bosco, la inclusión del artículo 100.A del TCE viene a reconocer que la protección del consumidor, de sus intereses, consti-

servir a los intereses sociales.⁷¹ En conclusión, las administraciones públicas, en la actualidad, a través, entre otras, de la política de contratación pública, tienen la función de ser garantes de importantes intereses sociales, a fin de garantizar valores superiores del ordenamiento jurídico tan relevantes como son la libertad, la igualdad y la solidaridad. Sólo así puede entenderse hoy en día el dogma de la eficacia de la actuación administrativa (desde la perspectiva comunitaria), para cuya graduación no sirven los objetivos económicos, sino que éstos, de forma ineludible, deben ser acompañados con criterios de satisfacción efectiva de intereses públicos, aunque ello suponga que el Estado aparentemente pierda competitividad en el concierto mundial. El fin de nuestro Estado debe estar orientado, ése debe ser su único norte, siempre de acuerdo con el contexto socio-económico referido, a alcanzar las mayores cotas de solidaridad efectiva entre los ciudadanos, renunciando para ello a la obtención de una mayor competitividad desde la óptica de los "engañosos" parámetros macroeconómicos.

El principio de proporcionalidad exige que toda medida por la que se limite el ejercicio de las libertades previstas en los artículos 43 y 49 (antiguos artículos 52 y 59) sea a la vez necesaria y apropiada a los objetivos perseguidos,⁷² lo que implica, en particular, que, al elegir las medidas que garanticen la realización del objetivo perseguido, el Estado miembro debe preferir las que menos obstaculicen el ejercicio de estas libertades.⁷³ Además, dentro de la libre prestación de servicios, el Estado miembro de acogida deberá comprobar que el interés que debe ser protegido no lo está por las normas a las que se somete el candidato en el Estado miembro en el que ejerce normalmente su actividad.⁷⁴

No pueden admitirse restricciones a la libre circulación de las mercancías, la libertad de estableci-

tuye un objetivo importante del mercado interno, directamente interconectado a la intensificación de los intercambios intracomunitarios. *Il Mercato Interno della Comunità Economica Europea, op. cit.*, p. 74.

71. Así lo defiende C. TOBLER, para quien estos preceptos del Tratado permiten la inclusión de criterios sociales –como sería la discriminación positiva a favor de la mujer– en la contratación pública. "Encore: women's clauses in public procurement under Community Law", *European Law Review*, 6, 2000, p. 618-631.

72. Asunto T-260/94, Air Inter, antes citado. Por ejemplo, el Tribunal descartó la aplicación de la excepción relativa al orden público cuando no estaba suficientemente justificada y el objetivo que se perseguía podía lograrse por otros medios que no implicaban una restricción de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (véase el punto 15 de la sentencia C-3/88, Data Processing, antes citada).

73. Sentencia de 28 de marzo de 1996 (Guiot / Climatec).

74. Se trataría de evitar, como advierte LÓPEZ RAMÓN, que, por ejemplo, tras la coartada ambiental se escondan políticas de proteccionismo económico. "Caracteres del Derecho comunitario ambiental", RAP, 142, 1997, p. 63.

miento y la libre prestación de servicios a menos que estén justificadas por una de las razones indicadas en los artículos 30, 45, 46 y 55 (antiguos artículos 36, 55, 56 y 66) del Tratado. Por lo que se refiere en especial al artículo 45 (antiguo artículo 55), que permite restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios para las actividades relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público, el Tribunal ha destacado en varias ocasiones⁷⁵ que “en cuanto excepción a la regla fundamental de la libertad de establecimiento, el artículo 55 del Tratado debe ser interpretado de tal modo que quede limitado el alcance de este artículo a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les esté permitida a los estados miembros por esta disposición”. Tal excepción debe limitarse, entre las actividades contempladas por los artículos 43 y 49 (antiguos artículos 52 y 59), a aquellas que por su propia naturaleza impliquen de manera directa y específica un ejercicio del poder público.⁷⁶ Así pues, las actividades realizadas en virtud de una obligación o de una exclusividad establecida por ley o calificada por las autoridades nacionales de servicio público no quedan incluidas automáticamente en esta excepción.⁷⁷ Es cierto que cualquier actividad delegada por las autoridades públicas tiene, en principio, una connotación de utilidad pública, pero ello no significa que esta actividad esté necesariamente relacionada con el ejercicio del poder público.

Por ejemplo, el Tribunal de Justicia descartó la aplicación de la excepción del artículo 45 (antiguo artículo 55) sobre la base de constataciones como las siguientes:

75. *Vid.*, en particular, la sentencia TJCE de 15 de marzo de 1988 (Comisión/República Helénica).

76. STJCE de 21 de junio de 1974, en el Asunto 2/74, Reyners.

77. Conclusiones del Abogado General Mischo en el Asunto 3/88, *Dataprocessing*, antes citado.

78. Asuntos C-3/88 y 272/91, *Data Processing y Lottomatica*, antes citados.

79. A fin de cuentas, se trata de prevenir la corrupción –tan generalizada en la actualidad– en este sector. Por ello, como indica M. GUIBAL, el éxito (o fracaso, claro está) del Derecho de la contratación pública se explicará por el hecho de ser un Derecho que preserva (o no) eficazmente la obligación de apertura a la concurrencia. “*Marchés publics et délégations de service public*”, *AJDA*, 3, 1993, p. 187.

80. Sobre la cuestión de la no-discriminación por motivos de nacionalidad, pueden consultarse los trabajos de F. SCHOCKWEILER, “*La portée du principe de non discrimination de l'article 7 du traité CEE*”, *Rivista di Diritto Europeo*, 1, 1991, p. 3 y ss., y J. P. COLIN, “*Principe de non discrimination et protection de la concurrence en droit international et droit communautaire*”, *RMC*, 364, 1993, p. 36 y ss.

81. *Vid.* J. CARBAJO, “*Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service*”, *AJDA*, 3, 1981, p. 176. Al respecto, A. DE LAUBADERE y P. DELVOLLE recuerdan cómo el principio de igualdad es, en Derecho comunitario, el corolario lógico del principio de libertad. *Droit Public Economique*, Dalloz, París, 1986, p. 146. Debe tenerse en

a) La autoridad pública mantenía el control de las actividades transferidas y disponía de medios para garantizar la protección de los intereses que estaban a su cargo (sentencia de 15 de marzo de 1988).

b) Las actividades transferidas eran de carácter técnico y, por consiguiente, ajenas al ejercicio del poder público (sentencia de 5 de diciembre de 1989).⁷⁸

2) *Aplicación de criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos que aseguren la concurrencia.*⁷⁹

La aplicación concreta de la normativa comunitaria para el efectivo cumplimiento o satisfacción de las libertades comunitarias se debe realizar conforme a criterios de neutralidad e igualdad que garanticen la no-discriminación de los usuarios ni en función de nacionalidad,⁸⁰ ni en función de su poder concreto de negociación, de tal manera que cualquier ciudadano comunitario debe ser tratado sin ninguna discriminación por razón de su persona, pudiendo establecerse distintas aplicaciones de las normas sólo en función de consideraciones objetivas o por contrastadas necesidades de interés general (STJCE de 8 de octubre de 1980).⁸¹ Por ello, se impone la obligación de fijar las condiciones técnicas de los contratos de tal suerte que no constituyan un obstáculo para las empresas eventualmente licitadoras, en la aplicación de unos criterios y requisitos previos de contratación que no comporten en modo alguno discriminación y en la determinación objetiva de los criterios de adjudicación.

Estos principios encuentran su fundamento en el artículo 6 del TCE y otros concordantes, y han sido configurados y garantizados de forma muy satisfactoria por el TJCE.⁸²

cuenta que, al igual que sucede con otros sectores económicos, la importancia de la contratación pública en la vida económica y social justifica un régimen que ofrezca a los posibles licitadores la garantía de un acceso a la adjudicación en condiciones de igualdad.

82. La jurisprudencia del TJCE ha extendido el ámbito de aplicación de este fundamental principio a los supuestos de “discriminación disimulada”, al que se refieren, entre otras, las sentencias de 10 de marzo de 1987, 26 de abril de 1988 ó 5 de diciembre de 1989. Lo que esta en juego, en definitiva, es el principio de igualdad, por lo que cualquier tipo de discriminación –al margen de los criterios utilizados– resultaría contraria a Derecho comunitario (STJCE de 26 de octubre de 1999 y de 11 enero de 2000). En todo caso, debe recordarse la doctrina de la STJCE de 7 de diciembre de 2000 (ARGE), donde se afirma que “El principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se viola por el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben, de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones, del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones. 2) El mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento

Se trata de dos principios que reflejan la misma idea: la de que en un mercado competitivo los agentes deben operar en igualdad de condiciones y de trato. El principio de igualdad de oportunidades es un principio positivo, que obliga a las empresas contratantes a hacer algo. No obstante, el principio de no-discriminación tiene un contenido negativo, está definido como una prohibición para las entidades afectadas, obligación de abstención o de no hacer.

Como ha señalado A. Mattera, el principio de igualdad de trato es el corolario amplificado y enriquecido del principio de no-discriminación,⁸³ e implica, en este ámbito, que todos los proveedores, contratistas y prestadores de servicios de la Comunidad sean tratados en pie de igualdad, independientemente de su nacionalidad. Un poder adjudicador violaría el principio de que se trata si privilegiase a un licitador de un Estado miembro o incluso del mismo Estado, y no podría alegar el hecho de que en el presente caso no haya discriminación a favor de licitadores nacionales.⁸⁴

De esta forma, como destaca A. Mangas, a partir de la concreta prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad se ha llegado de hecho y de derecho a enraizar un verdadero principio de igualdad de trato de aplicación general.⁸⁵ Así, el TJCE (entre otras, sentencia de 30 de mayo de 1989), reiterando el carácter estructural de este principio, afirma que “prohíbe no solamente las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado”. Este principio, por tanto, prohíbe cualquier tipo de discriminación, pro-

duciéndose, en la aplicación de la normativa comunitaria, la asimilación del nacional al “nacional comunitario”. Al fin y al cabo, la igualdad y no-discriminación son caracteres esenciales de cara a hacer realidad la meta de un mercado interior único y a garantizar un sistema real de concurrencia eficaz entre los distintos agentes económicos.⁸⁶ En otras palabras, se entiende que una adecuada satisfacción del interés general comunitario, como parámetro de control de la actividad de los distintos poderes públicos, pasa ineludiblemente por garantizar la objetividad de éstos.

Por ello, en el concreto campo de la contratación pública (concreción de la libertad de circulación) es preciso garantizar el acceso de los posibles licitadores en condiciones reales de igualdad, a fin de asegurar la libre competencia y plena participación de cualquier empresa comunitaria, suprimiendo para ello la práctica restrictiva de protección de empresas nacionales frente a otras empresas nacionales. Resulta de aplicación el referido principio de no-discriminación, que en este aspecto concreto significa que ni las condiciones o cláusulas que impidan la participación de empresas (reglas de exclusión), ni las reglas para admitir a concurso a cualquier solicitante (reglas de selección), ni los criterios de adjudicación de los contratos pueden incluir una exigencia sobre nacionalidad a los licitadores, ni tampoco establecer condiciones que directa o indirectamente supongan no sólo una discriminación por razón de la nacionalidad, sino incluso un fomento directo o indirecto a la compra nacional.⁸⁷ En este sentido se han manifestado expresamente las sentencias del TJCE de 20 y 22 de septiembre de 1988 y de 5 de diciembre

de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado de la CE (actualmente artículo 49 de la CE, tras su modificación).”

83. Vid. A. MATTERA, *La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de transparence et de libéralisation*, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2/2000, en el que se traza un repaso de la jurisprudencia comunitaria fundamental sobre esta materia y, en particular, los asuntos “Sistemas Informáticos c. Italia”, de 5 de diciembre de 1989, o el Asunto “Storebaelt c. Comisión”, de 22 de junio de 1993, en el que se subraya que el respeto al principio de igualdad de tratamiento “corresponde a la misma esencia” de las directivas de contratación pública.

84. En las sentencias de 22 de junio de 1993 (Storebaelt) y Bus Wallons, el Tribunal tuvo ocasión de precisar el alcance del principio de igualdad de trato en cuestiones de contratación pública, al afirmar, por un lado, que el cumplimiento del principio de igualdad exige que todas las proposiciones sean conformes a las prescripciones del pliego de condiciones con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas y, por el otro, que, cuando una entidad adjudicadora toma en consideración una modificación introducida en las ofertas iniciales de un solo licitador, este último goza de una ventaja sobre

sus competidores, lo que viola el principio de igualdad de trato de los licitadores y menoscaba la transparencia del procedimiento. El Tribunal concluye que “el procedimiento de comparación de las ofertas debía respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispusieran de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas” (sentencia de 25 de abril de 1996, Autobuses Valones, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI en lo sucesivo) de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines and Services. El Tribunal precisó pues en esta jurisprudencia sobre la aplicación de las directivas que el principio de igualdad de trato entre licitadores no depende de una posible discriminación por motivos de nacionalidad u otros criterios de distinción.

85. A. MANGAS, “Jurisdicción europea y Administración local”, *REALA*, 258, 1993, p. 439-440.

86. Como señala K. LENAERTS, el principio de igualdad es un concepto estructural de base del Derecho comunitario que contribuye a la consecución del objetivo de una “Europa del ciudadano”. “L'egalité de traitement en droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples”, *Cahiers Droit Européen*, 1-2, 1992, p. 38.

87. Vid. SAMANIEGO BORDIU, “La normativa comunitaria de los contratos de las empresas que actúan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las comunicaciones”, *REDA*, 71, 1991, p. 366.

de 1989 y 26 de abril de 1994, afirmando estas dos últimas que “según el principio de igualdad de trato, del que los artículos 52 y 59 del TCE son la expresión particular, se prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles fundadas en la nacionalidad, sino toda forma de discriminación encubierta que, por aplicación de otros criterios de distinción, alcanza el mismo resultado”.⁸⁸

El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal, en particular de la sentencia Raulin,⁸⁹ así como de la sentencia Parlamento/Consejo,⁹⁰ se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. A su vez, para el reconocimiento de la capacidad del contratista, debe estar únicamente a lo dispuesto por la normativa comunitaria, no pudiendo exigirse requisitos o medios de acreditación distintos, tal como se pusiera de relieve en la STJCE de 10 de febrero de 1982.⁹¹

En conclusión, el principio de igualdad de trato es de tal relevancia que bien puede considerarse la piedra angular sobre la que se hace descansar las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal como ponen de relieve las sentencias del TJCE de 12 de diciembre de 2002 (Universale-Bau y otros), y de 19 de junio de 2003 (GAT). Manifestaciones particulares de este principio son que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica), que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, y que tanto en la interpretación a lo largo de todo el procedimiento, como en la evaluación las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores [sentencia de 18 de octubre de 2001 (SIAC Construcción)]. En definitiva, el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier forma encubierta de discrimina-

ción que, mediante la aplicación de criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (STJCE de 5 de diciembre de 1989, 16 de enero de 2003 y 1 de julio de 2004).

Como se indica en la Comunicación sobre el Derecho de concesiones (apartado 3.1.1), la aplicación de este principio a las concesiones (posible si el poder adjudicador negocia con varios concesionarios potenciales) deja libre al concedente para elegir el procedimiento de adjudicación de la concesión más conveniente, y para fijar los requisitos que los candidatos deberán cumplir a lo largo de las distintas fases del procedimiento. Ello implica que la selección del candidato o candidatos debe hacerse basándose en criterios objetivos y que el procedimiento debe desarrollarse en cumplimiento de las normas y requisitos fundamentales establecidos inicialmente, y en el supuesto de que no se hubiesen fijado estas normas la aplicación del principio de igualdad de trato exige que, en cualquier caso, la selección de los candidatos se haga de forma objetiva.

La reciente sentencia de 27 de octubre de 2005 (INSALUD) condena a España nuevamente por entender que existe discriminación, afirmando que “El artículo 49 de la CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio, y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de mil kilómetros de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta, y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del obje-

88. Por ello, en ambas, se condena al Estado italiano al considerar que éste dispone de “medidas menos restrictivas para el libre asentamiento y prestación de servicios”. (Un comentario de la sentencia de 1989 –la de 1994 reitera sus planteamientos– puede verse en DEL RÍO PASCUAL, “Contratos públicos informáticos”, *Noticias CEE*, 71, 1990, p. 121-125).

89. Sentencia de 26 de febrero de 1992 en el Asunto C-357/89.

90. Sentencia de 7 de julio de 1992 en el Asunto C-295/90.

91. En esta sentencia, el Tribunal da la razón al empresario demandante al considerar que la Directiva 71/305 del Consejo debe

ser interpretada en el sentido de que se opone a que un Estado miembro exija de un licitador establecido en otro Estado miembro que pruebe satisfacer los requisitos enunciados en los artículos 23 y 26 de esta Directiva, relativos a su honorabilidad y cualificación profesional, por otros medios –tales como una autorización de establecimiento– distintos de los enunciados por estas disposiciones. Sobre esta sentencia, puede verse el comentario de LÓPEZ BLANCO, “La doctrina del Tribunal de Justicia sobre la contratación pública”, *Noticias CEE*, 21, 1986, p. 129-130.

tivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional".⁹²

3) *Garantía de transparencia en los procedimientos de adjudicación.*

Tal como el Tribunal ha confirmado en su jurisprudencia más reciente, el principio de no-discriminación por causa de la nacionalidad conlleva una obligación de transparencia, con el fin de permitir al órgano de contratación asegurarse de que será cumplido.⁹³ Esta transparencia tiene por finalidad evitar el "secretismo" en la contratación –que favorece a las empresas nacionales–, contribuyendo decisivamente a facilitar la competencia efectiva en este mercado entre los distintos agentes económicos comunitarios, ya que permite la participación de todos éstos en condiciones de igualdad. Como bien destaca M. Guibal, la transparencia es una de las principales terapias o medidas preventivas contra la corrupción. Y esta transparencia en la contratación pública deviene ineludible por el hecho de la apertura a la competencia que obliga a convertir en transparentes los procedimientos de atribución de los contratos públicos.⁹⁴

El principio de transparencia se configura por la jurisprudencia del TJCE como una consecuencia del principio de igualdad de trato antes comentado. En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia (STJCE de 25 abril de 1996, Autobuses Valones).

La obligación de transparencia que recae sobre las entidades adjudicadoras consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJCE de 7 de diciembre de 2000).

Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el *Diario*

Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales, y b) como medio de promoción de la competencia entre los agentes económicos implicados.⁹⁵

Publicidad (que no se limita exclusivamente al anuncio de la operación contractual, sino que se extiende al conjunto de las operaciones de adjudicación), que como bien afirmó el profesor Bermejo Vera, se convierte en exigencia ineludible del principio de libertad de competencia.⁹⁶ Por todo esto, la omisión de la publicación en el DOUE –salvo en casos excepcionales suficientemente probados o de cualquiera de las otras obligaciones mencionadas– supone el incumplimiento de este deber de transparencia y, por tanto, de las obligaciones exigidas por el Derecho comunitario, tal como lo ha recordado expresamente, por lo demás, las STJCE de 10 de marzo de 1987 y de 20 de septiembre de 1988, al afirmar que la omisión de la publicación de un anuncio de contrato público en el DOUE, o de los criterios de adjudicación (y en orden de importancia) supone el incumplimiento de las obligaciones exigidas por las normas comunitarias.⁹⁷

En cualquier caso, debe advertirse que este requisito de publicidad no puede verse "relajado" por interpretaciones flexibles de la norma comunitaria, como lo demuestra la STJCE de 3 de mayo de 1994, en la que se condena al Reino de España por prácticas de contratación directa de productos farmacéuticos a la Seguridad Social, con la consiguiente omisión de publicidad en el DOUE. Las únicas excepciones aceptables, como recuerda al respecto la STJCE de 17 de noviembre de 1993, serán las contenidas taxativa y expresamente en la normativa reguladora de la contratación pública, debiendo éstas ser siempre interpretadas restrictivamente.

92. Recuérdese que la jurisprudencia TJCE ha interpretado restrictivamente las excepciones a las reglas del artículo 43 y 49 del TCE. Deben ser no discriminatorias, estar justificadas en imperiosas necesidades de interés general, ser adecuadas para conseguir el objetivo que se pretende y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar este fin. (STJCE de 31 de marzo de 1993, Kraus, de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, y 6 de noviembre de 2003, Gambelli.)

93. STJCE de 18 de noviembre de 1999 (Unitron Scandinavia A/S), punto 31.

94. M. GUIBAL, "Marchés publics...", *op. cit.*, p. 189. La transparencia se convierte así en el instrumento indispensable (e indisoluble) para la consecución del objetivo de un mercado único abierto a la competencia. Igualmente, J. ARNOULD, "Les contrats des concessions, de privatisation et de services in house...", *op. cit.*, p. 17-18.

95. *Vid.* MONEDERO GIL, *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p. 328-330.

96. BERMEJO VERA, "La publicidad en el procedimiento de contratación", *Noticias CEE*, 21, 1986, p. 37 y 39. Opinión compartida por MESTRE DELGADO, para quien la publicidad, además de asegurar un régimen de competencia real y efectiva, vela en buena medida por el respeto al principio comunitario de no-discriminación. "La normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa: Una visión general", *Noticias CEE*, 21, 1986, p. 60.

97. A su vez, debe tenerse en cuenta que la publicidad se presenta en distintas vertientes: se establece la creación de un procedimiento de información previa que obliga a que anualmente los poderes adjudicadores publiquen la lista de sus previsiones de ofertas de contratos. Asimismo, deberán obligatoriamente publicarse en el DOUE los anuncios de licitaciones de contratos de obra y suministro que superen los umbrales de aplicación de las directivas. Por último, también deberán ser publicadas las decisiones finales de adjudicación de los contratos.

Finalmente, en segundo lugar, la transparencia se garantiza de la siguiente forma: a través de la obligación de justificar ante todo contratista-licitador que lo solicite el rechazo de su candidatura o de su oferta; la obligación de redactar, para cada contrato, un acta, que podrá ponerse a disposición de la Comisión; la obligación de publicar el resultado de cada contrato adjudicado, y la puesta al día de las normas en el ámbito técnico, a fin de tener en cuenta la evolución de la política de normalización a escala europea e internacional.⁹⁸ Así lo ha recordado, por lo demás, la STJCE de 26 de septiembre de 2000, condenando por incumplimiento a la República de Francia por este motivo.

De especial interés resulta la posibilidad de, potestativamente, enviar al DOCE contratos de umbrales inferiores a los de publicidad obligatoria a los de dicho boletín, aplicándose entonces las normas y plazos de dicha publicidad comunitaria.

4) *Respeto a los principios generales de proporcionalidad, reconocimiento mutuo y motivación de las decisiones.*⁹⁹

El Tribunal reconoce constantemente en su jurisprudencia que “el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario”¹⁰⁰ y que es de obligado cumplimiento, asimismo, por las autoridades nacionales a la hora de aplicar el Derecho comunitario,¹⁰¹ incluso aunque dispongan de un amplio margen de actuación

discrecional.¹⁰² El principio de proporcionalidad exige que toda medida que se tome sea a la vez necesaria y adecuada al fin perseguido.¹⁰³ En la elección de las medidas a adoptar, un Estado miembro debe recurrir a las que menos perturben el ejercicio de una actividad económica.¹⁰⁴

Así, por ejemplo, un Estado miembro no podría exigir al seleccionar a los candidatos una capacidad técnica, profesional o económica desproporcionada y excesiva en relación con el objeto de la concesión.

El principio de proporcionalidad requiere también que se concilien competencia y equilibrio financiero. De este modo, la duración de la concesión debe fijarse de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos,¹⁰⁵ aun manteniendo para el concesionario el riesgo inherente a la explotación. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea estableció el principio de reconocimiento mutuo y, posteriormente, lo fue precisando en una abundante jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías, personas y servicios. Según este principio, un Estado miembro está obligado a aceptar los productos y servicios prestados por operadores económicos de otros países de la Comunidad siempre y cuando estos productos y servicios respondan de manera equivalente a los objetivos legítimos perseguidos por el Estado miembro destinatario.¹⁰⁶

98. Sobre esta cuestión, por todos, *vid.* SANTÍAS VIADA; SANTAMARÍA DE PAREDES; LÓPEZ BLANCO, *El Derecho comunitario de la contratación pública*, *op. cit.*, p. 99-114.

99. Estos requisitos son de aplicación general, puesto que, como precisa el Tribunal, derivan de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros y consagradas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 15 de octubre de 1987, en el Asunto 222/86, Heylens, punto 14.

100. STJCE 11 de julio de 1989, en el Asunto 265/87, Schröder, punto 21.

101. STJCE de 27 octubre 1993, en el Asunto 127/92, punto 27.

102. STJCE de 19 de junio de 1980, en los asuntos acumulados 41/79, 121/79 y 796/79, Testa *et al.*, punto 21.

103. Es el caso, por ejemplo, en lo que se refiere a la obligación de alcanzar un elevado nivel de protección medioambiental y en lo que se refiere a la aplicación del principio de precaución.

104. *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de 17 de mayo de 1984 (Denkavit Nederland), o la sentencia del TPI de 19 de junio de 1997 (Air Inter SA), punto 14.

105. *Vid.*, a este respecto, la jurisprudencia reciente del TPI, según la cual el Tratado debe aplicarse “cuando una medida adoptada por un Estado miembro constituye una restricción a la libertad de establecimiento de los nacionales de otro Estado miembro en su territorio y otorga, simultáneamente, ventajas a una empresa al concederle un derecho exclusivo, salvo que dicha medida estatal persiga un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifique permanentemente por razones imperiosas de interés general”. En ese caso, el TPI añade que “es preciso, además, que la medida

estatal de que se trate sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo” (sentencia de 8 de julio de 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij NV, punto 108).

106. Este principio se desprende de la jurisprudencia sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios (en particular, en las sentencias Vlassopoulou (de 7 mayo de 1991) y Dennemeyer (de 25 julio de 1991). En la primera de estas sentencias, el Tribunal de Justicia constató que “las condiciones nacionales de calificación, incluso si se aplican sin discriminación por motivos de nacionalidad, pudieran tener como efecto que los nacionales de otros estados miembros se viesen obstaculizados para ejercer el derecho de establecimiento que se garantiza en el artículo 43 (antiguo artículo 52) del Tratado. Tal podría ser el caso si en las normas nacionales en cuestión no se tuviesen en consideración los conocimientos y cualificaciones ya adquiridos por el interesado en otro Estado miembro” (traducción no oficial). En la sentencia Dennemeyer, el Tribunal precisó concretamente que “un Estado miembro no puede supeditar la realización de la prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de todas las condiciones requeridas para un establecimiento, so pena de privar de todo efecto útil las disposiciones del Tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios” (traducción no oficial). Finalmente, en el Asunto Webb (de 17 de diciembre de 1981, Asunto 279/80), el Tribunal añadió que la libre prestación de servicios exige que “el Estado miembro destinatario de la prestación [...] tenga en cuenta las justificaciones y garantías ya presentadas por el prestador de servicios para ejercer su actividad en el Estado miembro en que esté establecido” (traducción no oficial).

Por último, en relación con la necesidad de motivar las decisiones, la jurisprudencia reiterada relativa a las libertades fundamentales del Tratado, el Tribunal afirma que las decisiones de denegación o de rechazo deben justificarse y deben poder ser objeto de recursos judiciales por parte de sus destinatarios.¹⁰⁷

4. La transposición de las normas comunitarias al ordenamiento jurídico español

Por lo que hace referencia a las directivas de los años 90 –y ahora derogadas–, la preceptiva transposición al ordenamiento español se efectuó utilizando los sistemas de transposición indirecta.¹⁰⁸ Así, para el sector Administración pública, tras un largo *iter* parlamentario,¹⁰⁹ se aprobó la Ley de contratos

de las administraciones públicas de 18 de mayo de 1995, modificada sustancialmente por la Ley 53/1999 (en adelante LCAP) –y objeto de refundición mediante el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio– y la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, efectuándose su desarrollo reglamentario global por el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre,¹¹⁰ publicado en el BOE de 26 de octubre de 2001, seis años después de la aprobación de la LCAP (que entró en vigor a los seis meses desde la fecha de publicación).¹¹¹ En todo caso, lo que se observa es una preocupante proliferación de cambios normativos en una materia que debería caracterizarse por su estabilidad, lo que en la práctica se traduce en una manifiesta inseguridad jurídica y en prácticas inco-

107. Sentencia de 7 de mayo de 1991 (*Vlassopoulou*), punto 22.

108. A diferencia de la transposición directa. Mediante la que el texto íntegro de la Directiva se incorpora directamente al ordenamiento nacional, mediante la transposición indirecta se “traducen” los objetivos de la misma a través de normas nacionales. Sobre estas técnicas y su operatividad en la contratación pública, puede consultarse el trabajo de S. ARROWSMITH, “Una evaluación de las técnicas jurídicas para la transposición de las directivas sobre contratación”, en el libro colectivo *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997, p. 75-102.

109. Vid. M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, “La tramitación parlamentaria de la Ley de contratos de las administraciones públicas”, en el libro colectivo *Contratos de las administraciones públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Publicaciones Abella, Madrid, 1995, p. 163-168 (p. 49-76, de la 3ª edición, 2000).

110. La regulación citada ha sido aprobada por el legislador estatal, dado que el artículo 149.1.18 de la CE atribuye al Estado competencia exclusiva para dictar la “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”, de modo que la delimitación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de contratos administrativos no presenta más o menos problemas que los derivados de la relación bases-desarrollo normativo y ejecución (es la disposición final primera la que establece que preceptos de la Ley tienen carácter básico). Esto significa que las comunidades autónomas deben respetar el contenido de lo básico. Por ello, el Informe 13/00, de 6 de julio de 2000, “Exposición al público de pliegos y anuncios de contratos en el ámbito de la Administración local”, en que se analiza la Ley aragonesa de régimen local de 1999, advierte de la prevalencia de la norma básica estatal sobre la norma autonómica. La LCAP pretende, en suma, la implantación de un marco normativo uniforme que asegure, como se dice en la exposición de motivos, “de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales de todos los españoles, pero reconociendo, al mismo tiempo, a las comunidades autónomas que puedan introducir en la regulación de la materia, las peculiaridades que las competencias de su propia autonomía les permite”. Y a tales efectos la disposición final primera es la que nos indica con precisión qué preceptos de la LCAP no tienen el carácter de legislación básica del Estado. Vid., por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la LCAP”, en el libro colectivo dirigido por B. Pendás, *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, p. 223-230; L. PAREJO ALFONSO, “Carácter básico de la nueva Ley: Contenido, alcance y eficacia”, en el libro colectivo dirigido

por R. Gómez-Ferrer, *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 971-994; M. LÓPEZ BENÍTEZ, “La Ley de contratos de las administraciones públicas: Su entronque desde el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación”, en el libro colectivo coordinado por F. Castillo, *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, Comares, Granada, 1996, p. 1-27. En todo caso, sobre la especialidad constitucional de foralidad reconocida a Navarra, esta comunidad ha dictado una ley de contratos, la Ley foral 10/1998, de 19 de junio, de contratos de las administraciones públicas. La competencia para dictar esta Ley se explica a partir de la conocida y aceptada por el Estado situación peculiar de Navarra, en la medida que el artículo 49.1.d) de la Ley orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, reconoce, en virtud de su régimen foral, su competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación del Estado en la materia, cuya identificación genérica ha sido reiteradamente delimitada por la jurisprudencia. La citada competencia con la reconocida en el artículo 46 (Administración local) de la Ley orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra hacen viable la homogeneización del régimen de la contratación pública en el ámbito navarro.

111. La tardanza en la aprobación de este Reglamento completo, pues el de 21 de marzo de 1996 era parcial, llama poderosamente la atención desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Situación sobre la que el Consejo de Estado se había ya pronunciado al afirmar: “el Consejo se ha venido mostrando contrario, en materias como ésta, a la reglamentación fragmentaria y a retazos, acuciada por la urgencia, con resultados carentes de visión sistemática de conjunto y no pocas veces de vigencia efímera. Lo aconsejable, en casos como el presente, de introducción de una regulación legal completa en una materia relevante, como es la contratación administrativa, hubiera sido encomendar simultáneamente la preparación del Anteproyecto de ley y los primeros borradores del Reglamento para que, iniciada la tramitación parlamentaria del primero, hubiera podido avanzar *pari passu* la concreción progresiva del texto reglamentario” (Dictamen 1786/2000, de 25 de mayo). Comentando ya el contenido de esta norma reglamentaria, pueden consultarse las monografías de J. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *El nuevo Reglamento de contratación de las administraciones públicas*, La Ley, Madrid, 2002, y E. JIMÉNEZ APARICIO (coord.), *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

rrectas.¹¹² Amén que, desde un ámbito interno, supone en ocasiones una excepción para el Estado de su propia legislación básica, como bien ha denunciado Baño León.¹¹³

Para la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico se ha optado por la aprobación de una ley (Ley 48/1998, de 30 de diciembre),¹¹⁴ distinta, obviamente, de la Ley de contratos de las administraciones públicas, que deberá responder al contenido de las prescrip-

112. El *iter* normativo hasta la fecha ha sido el siguiente: Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, y sus posteriores modificaciones a través de las leyes 9/1996, de 15 de enero, por la que se adoptaron medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la persistencia de la sequía; 11/1996, de 27 de diciembre, de medidas de disciplina presupuestaria; y las leyes 13/1996, de 30 de diciembre, 66/1997, de 30 de diciembre, y 50/1998, de 30 de diciembre, todas ellas de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones; Real decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995; Real decreto 704/1997, de 16 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio; Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LCAP; artículo 60 de la Ley 55/1999, de 30 de diciembre; Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas; Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, de 12 de octubre de 2001; Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero; Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas; la disposición final de la Ley 22/2003, de 9 de julio, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, 164, de 10 de julio, junto con la Ley orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria; Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que ha incorporado al Derecho interno la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública; Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, que regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación de la Administración General del Estado. Esta práctica normativa plantea importantes problemas que han sido objeto de tratamiento específico en mi trabajo "Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública", RAP 144, 1997, p. 129-170.

113. BAÑO LEÓN, "La vinculación del Estado a las normas básicas de contratación. La prohibición de derogación singular de las bases", en el libro colectivo dirigido por R. Gómez-Ferrer, *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1753-1764.

114. La fórmula o método de incorporación al derecho interno de las disposiciones comunitarias de contratación pública en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones, ha sido

ciones comunitarias.¹¹⁵ A su vez, en esta Ley, para el caso de poderes públicos (atendiendo para su determinación a los expuesto en los apartados anteriores) que operan en este sector se deberá dar una norma de prioridad sobre qué norma sobre contratación les es aplicable, considerando más lógico, como ya se ha dicho, que salvo en las especialidades, se les aplique la norma general sobre contratación pública.¹¹⁶ Por lo que respecta a las empresas

la transposición detallada o específica del bloque normativo integrado por la Directiva de codificación 93/36 y la Directiva de recursos, a través de ley singular separada, aunque análoga en buena parte de su contenido, de la legislación sobre contratación de las administraciones públicas. El elemento básico diferenciador de ambas regulaciones reside en el ámbito subjetivo de las mismas, ya que la normativa sobre contratación en los llamados sectores "excluidos" afecta no sólo a entidades públicas, sino también a entidades contratantes de naturaleza privada que gocen de un derecho especial o exclusivo conferido por la Administración. La Ley 48/1998, de 30 de diciembre, tiene como objeto la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Sobre la necesidad de que se trate de una norma con rango de ley, me remito a los argumentos expuestos por GIMENO FELIU al hablar de la transposición de la Directiva de recursos en los sectores excluidos (en el libro colectivo *La nueva normativa de contratación para los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones*, con el estudio "La Directiva de recursos y su incorporación al ordenamiento español", Civitas, Madrid, 1997, p. 281-302). Esta opinión es compartida también por F. DIEZ MORENO y V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, "La contratación administrativa...", *op. cit.*, p. 159-161.

115. La propia exposición de motivos de la LCAP afirma que no se incorpora el contenido de la Directiva 90/531/CEE sobre sectores excluidos por el carácter privado de los sujetos sometidos a la misma, si bien, dice, se han adoptado en la LCAP las medidas necesarias cuando los sujetos afectados son entidades públicas.

116. *Vid.* V. LÓPEZ-IBOR MAYOR y J. M. GIMENO FELIU, "Los denominados sectores excluidos", en el libro colectivo dirigido por Gómez-Ferrer, *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, 2004, p. 1673-1702. Debe llamarse la atención sobre la disposición adicional undécima de la LCAP. El tenor literal de esta disposición establece lo siguiente:

"1. Los órganos de contratación que celebren contratos en el ámbito de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, tendrán en cuenta, a efectos de publicidad de anuncio de estos contratos, los límites cuantitativos que se establecen en dicha Ley.

"2. Las entidades públicas incluidas en el ámbito de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, se regirán, en lo no previsto en la misma, por sus normas de contratación específicas.

"El ministerio al que estuvieran adscritas las citadas entidades podrá aprobar, cuando el régimen de contratación de las mismas sea de Derecho privado, normas o condiciones generales de contratación, a fin de asegurar la homogeneización de ésta y el respeto a los principios de publicidad, concurrencia y no-discriminación de la contratación del sector público. El repertorio de las normas o condiciones generales deberá ser informado preceptivamente por el Servicio Jurídico del Estado."

privadas, para aplicárseles esta normativa, y a diferencia de los poderes públicos, deben estar sometidas a derechos especiales o exclusivos para el ejercicio tales como licencias, autorizaciones o concesiones.¹¹⁷ Situación que, en el panorama normativo español, como hemos tenido ocasión de comprobar, se da en la gran mayoría de las empresas que operan en estos específicos sectores,¹¹⁸ si bien esta obligación de la normativa comunitaria puede facilitar el que los poderes públicos nacionales opten por eliminar estos derechos especiales o exclusivos a fin de que estas empresas puedan eludir esta Directiva.¹¹⁹

En todo caso, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la aparente transposición al ordenamiento español de la citada normativa comunitaria no permite “olvidarnos de ella en el día a día”, ya que desde una perspectiva estrictamente formal, la norma nacional y sus modificaciones exigen un detallado examen de sus condiciones o requisitos técnico-formales a fin de determinar su validez, pues en la medida en que se vaciara de contenido preceptos de las directivas comunitarias, sería de aplicación la

jurisprudencia contenida en el auto del TJUE de 22 de abril de 1994, en el que se afirma que el incumplimiento del contenido de una directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria, de tal manera que en el mismo se reconoce a la Comisión, en su condición de guardiana de los Tratados, la posibilidad de incoar un procedimiento sobre medidas provisionales paralelamente a un recurso por incumplimiento vinculado a un procedimiento impugnado de adjudicación de un contrato público. Asimismo, quedará abierta la vía de la responsabilidad patrimonial del Reino de España por incumplimiento de Derecho comunitario, tal como han puesto de relieve las recientes sentencias del TJUE de 19 de enero de 1991 (Francovich), 16 de diciembre de 1993 (Wagner Miret), 14 de julio de 1994 (Faccini Dori) y 7 de marzo de 1996 (El Corte Inglés c. Cristina Blázquez). Según esta jurisprudencia, el Estado incumplidor deberá resarcir a todos aquellos perjudicados por el incumplimiento en la adaptación del Derecho comunitario, siempre y cuando exista, claro está, nexo causal, entre dicho perjuicio y la no-transposición de las normas comu-

Respecto del apartado primero de esta disposición adicional (concordante con la adicional segunda de la Ley 48/98), es necesario, en primer término, concordar su redacción con lo dispuesto en el artículo 2.2 de la citada Ley de transposición de las directivas de los sectores excluidos, ya que dicho precepto excluye de su aplicación, desde la perspectiva del ámbito subjetivo de la norma, a la Administración General del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local y los organismos autónomos dependientes de las mismas, que se rigen en todo caso por el TRLCAP. Significa esto que los órganos administrativos a los que les fuera de aplicación por razón de su objeto la Ley 48/1998 (artículo 8) deberán aplicar en todo caso ésta en lo relativo a los umbrales de publicidad, de tal manera que la LCAP sería subsidiaria en esta esfera de la Ley “singular” (aspecto este importantísimo puesto que desde la normativa de sectores excluidos se efectúa una llamada vía de exigencias de cumplimiento de los requisitos de publicidad a los órganos de contratación públicos, hacia el contenido material de la Ley 48/1998). Por lo que se refiere al apartado segundo de esta disposición, que va dirigido a todo tipo de personificación instrumental que creen los poderes públicos al margen de su naturaleza pública o privada –empresas públicas desde la perspectiva del Derecho comunitario– nos recuerda que todas éstas deberán, en defecto de normas o condiciones generales de contratación, respetar los principios de concurrencia, publicidad y no-discriminación. Previsión que resulta, cuando menos *inocua o vacía de contenido –si no tendente a equívocos–* porque tales principios son directa aplicación por estar plasmados en la Ley 48/1998, por lo que en todo caso, aun sin normas propias de contratación, deberán ser respetados lealmente por todos los entes instrumentales públicos sometidos a la citada Ley. En todo caso, como advierte PANIZO GARCÍA (en el libro colectivo *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 1510), la sujeción a sus propias normas de contratación ha de entenderse no sólo en cuanto a los contratos que con arreglo a las disposiciones de la Ley 48/1998

resulten materialmente sujetos a la misma –atendiendo tanto a su contenido material como a su importe–, en lo que no aparezca regulado en dicha Ley, sino también a aquellos contratos que estén expresamente excluidos de la aplicación de la Ley 48/1998, se refieran a actividades sujetas o no alcancen el límite cuantitativo para quedar sujetos a sus disposiciones. Por otra parte, parece lógico pensar que, en ausencia de previsiones específicas que desarrollen tales principios, las previsiones de la LCAP o normativa reglamentaria que sí lo hacen puedan ser de aplicación supletoria en tanto que dichos entes no dejan de ser administraciones públicas (aplicación supletoria más difícil de justificar cuando la Ley es de aplicación a empresas privadas).

117. No pueden utilizarse, obviamente, mecanismos jurídicos que pretendan eludir esta prescripción, pues para la interpretación de en qué caso hay derechos especiales o exclusivos debe estarse, desde una óptica de lealtad, a lo dispuesto –y querido– por la Directiva comunitaria.

118. Informe 7/01, de 3 de julio de 2001.

“Sujeción de los contratos que celebra la sociedad mercantil municipal titular de derechos exclusivos en el sector del agua a las prescripciones de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, y a los principios de publicidad y concurrencia: 1. Que los contratos de obras, suministros y servicios que celebre la sociedad mercantil ACOSOL, S.A., están sujetos a la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, salvo que por su cuantía o por declaración expresa de la propia Ley deban considerarse excluidos. 2. Estos últimos contratos deberán adjudicarse con sujeción a las normas de Derecho privado que rigen la actuación de sociedades mercantiles. 3. No obstante, también para estos contratos excluidos deberán tenerse en cuenta los principios de publicidad y libre concurrencia, salvo que la naturaleza de los mismos sea incompatible con tales principios, según resulta de las disposiciones adicionales sexta y undécima de la Ley de contratos de las administraciones públicas.”

119. Vid. SAMANIEGO BORDIU, “La normativa comunitaria...”, *op. cit.*, p. 361.

nitarias.¹²⁰ Jurisprudencia consolidada por las STJUE de 5 de marzo (Brasserie du Pecheur-Factortame) y de 26 de marzo (British Telecom) de 1996, que ha ido más lejos reconociendo que el Estado puede ser responsable de los perjuicios (entre los que se encuentra el lucro cesante) que se ocasionen por una infracción del Derecho comunitario. Finalmente, deberá tenerse en cuenta el posible efecto directo por transposición incorrecta, tal como viene reiterando la jurisprudencia del TJCE (recientemente, entre otras, sentencias de 23 de febrero y 3 de marzo de 1994, y de 11 de agosto de 1995) el efecto directo (vertical) de las directivas comunitarias incumplidas si sus preceptos, por su naturaleza, son susceptibles de generar dicho efecto.¹²¹ Criterio, por lo demás, ya consolidado por la jurisprudencia del TJCE, cuyas sentencias Beentjes, de 20 de septiembre de 1988, y Fratelli, de 22 de junio de 1989 (relativas en este caso a contratos públicos), reconocen el efecto directo por no-transposición en plazo de directivas comunitarias “en cuanto a las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de las directivas, siendo responsabilidad de los estados miembros el incumplimiento de este deber de adaptación” (STJCE de 19 de noviembre de 1991). Así se deriva, por cierto, del principio comunitario de deber de cooperación leal, en virtud del cual no valen las simples prácticas admi-

nistrativas, por naturaleza modificables discrecionalmente, para entender que una directiva haya sido directamente ejecutada.¹²²

La interpretación de la normativa nacional reguladora de la contratación pública debe realizarse teniendo en cuenta que *existen unos principios constitucionales comunitarios y constitucionales*.¹²³ En primer lugar, en relación con el Derecho de la Unión Europea, los principios fundamentales y más característicos de la actual normativa sobre contratación pública son los siguientes: respeto a las libertades comunitarias y consecución del objetivo de un mercado interior único; aplicación de criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos que aseguren la concurrencia; garantía de transparencia en los procedimientos de adjudicación, que tiene por finalidad evitar el “secretismo” en la contratación, y respeto efectivo a través de un sistema de garantías eficaz que permita el control sobre el cumplimiento de la política comunitaria de contratación pública a escala nacional y comunitaria. Por otra parte, en nuestro marco constitucional, debe recordarse que el interés general aparece como la causa de todos los contratos públicos¹²⁴ –porque es la única finalidad que, por imperativo constitucional (artículo 103 de la CE) y legal (artículo 3 de la LAP y artículo 4 de la LCAP) puede perseguir legítimamente la Administración–.¹²⁵ Así pues, toda la contrata-

120. De la misma y su concreto contenido y significado da perfecta cuenta COBREROS MENDEZONA, en su reciente monografía *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1994. Sobre estas mismas sentencias y las posteriores, entre los trabajos más recientes puede consultarse a J. M. ARIAS RODRÍGUEZ y S. CORROCHANO JEREZ, “Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1996, de 25 de marzo, y la incidencia del Derecho comunitario”, *Poder Judicial*, 41-42, 1996, p. 510-522.

121. Por todos, en relación con esta jurisprudencia del TJCE, pueden consultarse, R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, p. 267-275; S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, p. 133-137; LEZERTUA RODRÍGUEZ, “La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias”, *RVAP*, 11, 1985, p. 275 y ss.; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, “El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea”, *RAP*, 109, 1986, p. 119 y ss., y TRAYTER JIMÉNEZ, “El efecto directo de las directivas comunitarias: El papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, *RAP*, 125, 1991, p. 227 y ss. En concreto, para la contratación pública se puede consultar A. COLABIANCHI, “Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione”, *Giurisprudenza Civile*, 1990, vol. I, p. 8.

122. Este principio aparece aplicado en la sentencia Factortame, de 19 de julio de 1990, deduciéndolo del artículo 5 del TCE, estableciendo la obligación de los jueces de intervenir, incluso inaplicando leyes, para depurar el ordenamiento interno y conseguir una aplicación exacta e inmediata del Derecho comunitario. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, “La sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *REDA*, 67, 1990, p. 401 y ss. Verticalidad del

efecto directo que, creo, en nada se ve cuestionada en los casos de que el ente contratante fuera una empresa privada “tutelada” o “influenciada” por un poder público, pues dicha presencia pública (aun indirecta), desde una comprensión leal del ordenamiento jurídico comunitario, implicaría que más que en presencia de una relación *inter privados*, nos encontramos en presencia de una relación jurídico-pública en su esencia (desde una perspectiva funcional, claro está). Se trataría, en definitiva, de interpretar el derecho nacional de conformidad con la finalidad de la Directiva no incorporada, tal como ya propusiera la STJCE de 10 de abril de 1984, en la que se negó la imposibilidad del efecto directo horizontal. Como recuerda BAÑO LEÓN, la jurisprudencia del TJCE ha establecido el interés comunitario en cualquier concepto que proviene del Derecho comunitario, como sucede con las reglas procedimentales de los contratos públicos. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las administraciones públicas”, *RAP*, 151, 2000, p. 37

123. Sobre las consecuencias de estos principios me remito a mi estudio “Valoración crítica sobre las últimas reformas legales en contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, 144, 1997, p. 129-168.

124. La función de la causa en los contratos es, como indica DE SOLAS RAFECAS: 1) Requisito para la existencia y validez del contrato (artículos 1261 y 1275-76 del CC); 2) dependiendo de licitud o ilicitud el contrato será válido o anulable (artículo 1275 del CC), y 3) la causa del contrato determina su tipicidad o atipicidad. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, *op. cit.*, p. 26.

125. Así sucede también, por ejemplo, en el Derecho de la contratación pública en Italia, dado que, como afirman A. BUSCENA y S. BUSCENA, la actividad contractual de las administraciones públicas debe considerarse instrumento para la consecución de un fin público, fines que

ción pública, revestida de un interés general que la justifique, deberá necesariamente asegurar la objetividad y concurrencia en la adjudicación a través de una adecuada publicidad y la utilización de criterios previamente conocidos en los que se estipule las condiciones necesarias (nunca con efectos discriminatorios) sobre las que el órgano competente apoyará su decisión, al presentarse estos principios como manifestación concreta del principio de interés general.¹²⁶ Y su fiscalización, administrativa o jurisdiccional, deberá atender, muy especialmente, a estos requisitos.

Estos principios se presentan con un *núcleo duro* que limita la capacidad legislativa de tal manera que gran parte de las reformas legales efectuadas tras la aprobación de la LCAP suscita un problema de prelación de normas (y también de seguridad jurídica), en la medida en que la LCAP se presenta, por su propia vocación y naturaleza, como norma cabecera en cuanto norma que da coherencia al mismo, que lo inspira e informa, de modo que es en ella donde descansan los principios generales que dan unidad al grupo normativo en cuestión, de forma que, partiendo de sus objetivos y previsiones, debe articularse el desarrollo del régimen jurídico de la contratación pública.¹²⁷ La LCAP se constituye, así, no sólo en la primera norma de regulación, sino en auténtica cabecera del “grupo

normativo” rector de éste (STS de 16 de diciembre de 1985 y 6 de febrero de 1986).¹²⁸ Y como norma cabeceira del grupo vendría a cumplir una triple función –orientadora, preservadora y economizadora–, que supondría la *resistencia* a la derogación o inaplicación cuando entra en colisión o conflicto con otras normas, aunque éstas formalmente tuvieran igual rango.¹²⁹ Y el fundamento de este carácter de *norma cabecera* de la LCAP y su plusvalor normativo en el sistema formal de fuentes reside principalmente en el Derecho originario y derivado de la Unión Europea, así como en la misma Constitución española. La ineludible conexión de esta LCAP con los objetivos del TCE supone, en consecuencia, un importantísimo significado no sólo formal, sino de plasmación material y de vertebración jurídica de los criterios que sobre la contratación y sus principios inspiradores fueron establecidos en dicha norma. A su vez, se implican principios constitucionales generales como el principio de publicidad, concurrencia y objetividad como manifestación de la “neutralidad” o imparcialidad que debe presidir la actuación de las administraciones públicas como instituciones al servicio de los intereses generales, como los más específicos de justicia y eficiencia y economía en el gasto público, y el principio o la regla de libertad de empresa y libre competencia.¹³⁰

permanecen también en cuanto la actividad del ente público es de naturaleza privada: “Ha sido afirmado (por la jurisprudencia) que los fines de los contratos de Derecho privado de las administraciones públicas tienen siempre un fin de interés público”. “I contratti della Pubblica Amministrazione”, *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. VII (dir. G. Santianello), Cedam, Padova, 1987, p. 15.

126. La objetividad se concreta o garantiza expresamente en esta modalidad de actuación administrativa a través de cauces jurídicos que aseguren la existencia efectiva de concurrencia entre los distintos agentes económicos, dado que el objetivo principal de la normativa vigente sobre contratación pública (LCAP) es, en palabras de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, p. 677-679), asegurar la libertad de concurrencia, que no es sino una aplicación particularizada del principio de igualdad ante la Ley, y que tiene su expresión en la publicidad de la contratación y en los distintos sistemas de selección de contratistas. Libertad de concurrencia que, configurada como uno de los principios tradicionales de la contratación que realizan los entes públicos, persigue un doble objetivo: a) proteger los intereses económicos de la Administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible, y b) garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la Administración, siendo presupuestos necesarios para conseguirlo la publicidad y la transparencia en la contratación (consagrado en el artículo 11 de la LCAP). Por estos motivos, ARIÑO ORTIZ ha defendido la conveniencia y necesidad de mantener la figura del contrato administrativo como categoría sustantiva diferenciada del contrato civil, ya que permite un mayor grado de justicia y seguridad para el ciudadano sin merma de la efectividad de un buen gobierno, que también es justicia. *La reforma de la Ley de contratos*, Unión Editorial, Madrid, 1984, p. 49-50. Como bien destaca PETTIBO JUAN, con carácter general, la competencia y la transparencia de las actuaciones públicas dificultan la corrupción y contribu-

yen a mejorar la eficiencia. Y ello, indudablemente, redundará en beneficio del interés público. “Competencia y competitividad. La importancia de la liberalización del sector servicios”, *Cuadernos Aragoneses de Economía*, vol. 4, 1, 1994, p. 24.

127. Idea del grupo normativo introducida por el profesor J. L. VILLAR PALASI en su conocido trabajo *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1968, p. 433-490 (una visión más sucinta se incorpora a su libro, en colaboración con J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, tomo I, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, p. 274-282. Vid. también GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo eEspañol*, Eunsa, Madrid, 1993, p. 751.

128. Así lo entiende, para la Ley de contratos, GONZÁLEZ NAVARRO en su libro *Derecho Administrativo español*, op. cit., p. 753, en nota.

129. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo español*, op. cit., p. 751-753. Se defiende, en suma, que debe realizarse una interpretación restrictiva del régimen de la *norma de excepción* (Ley de acompañamiento) frente al que podríamos calificar de *régimen básico*. Criterio hermenéutico que también se sostiene, a propósito de la polémica sobre el significado y contenido de la planificación hidrológica, atendiendo a la Ley de aguas como norma cabecera del este concreto sistema normativo, en el libro dirigido por J. BERMEJO VERA, *Constitución y planificación hidrológica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 63-67.

130. Como afirma MORELL OCAÑA (“El principio de objetividad en la actuación de la Administración pública”, en libro homónimo del profesor García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, p. 149), “esta exigencia de objetividad de la Administración pública apunta, no a la ejecución de la Ley, sino al modo como dicha ejecución debe hacerse, y que, como detalla la STS de 19 de mayo de 1988, consiste en: ‘la característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a la imparcialidad o neutralidad, de forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipada, no en criterios subjetivos’”.

Podría decirse que existe una suerte de “código” comunitario –y constitucional– vertebrador de los principios y reglas básicas en la actividad contractual de los agentes públicos que se asienta sobre los principios de un mercado interior efectivo con pleno respeto a las libertades comunitarias, que permita un correcto y adecuado desarrollo económico-social.¹³¹ Este “código” vendría, por su prelación, a condicionar y limitar la posibilidad de actuación normativa y técnica organizativa de los poderes públicos en esta materia, presentando, en suma, un carácter indisponible.¹³² En consecuencia, se impone una interpretación de la normativa nacional que resulte conforme con las disposiciones comunitarias.¹³³

Una conclusión resulta evidente. Y es que, al menos desde la perspectiva comunitaria, no resulta indiferente cuál sea la interpretación dada a las normas del Derecho comunitario, aunque afecte exclusivamente al Derecho interno.¹³⁴ Esto nos obliga a interpretar la legislación nacional de forma compatible a los principios e intereses públicos comunitarios. El efecto útil de las directivas, en palabras de García de Enterría, debe siempre preservarse.¹³⁵

5. Valoración del Proyecto de ley de contratos del sector público

El Proyecto de ley de contratos del sector público (BOCG de septiembre de 2006) presentado por el

Gobierno ha sido respondido muy críticamente desde el mundo empresarial, habiendo solicitado incluso la CEOE la retirada del mismo.¹³⁶ Y es que, atendiendo a lo que hemos expuesto en el apartado anterior, el Proyecto de ley de contratos del sector público se nos presenta conservador y poco innovador.¹³⁷ Además, su sistemática aporta más confusión que claridad, sugiriéndose, a esos efectos, que se abordasen las cuestiones en una secuencia lógica que podría consistir en la definición de los principios aplicables para regular después los distintos sujetos que intervienen –poder adjudicador y operador económico– y de los contratos incluidos y negocios excluidos.¹³⁸ Posteriormente, se debe abordar la cuestión común de procedimientos y criterios de adjudicación, procedimientos electrónicos y control de toda la contratación pública. En otro libro se abordaría la parte general de todo contrato administrativo, para posteriormente detallar las especialidades de cada modalidad de contrato típico. La mayoría de las disposiciones adicionales se deben incluir en el articulado. La Ley, por su ámbito, debería denominarse Ley de contratos públicos.

Las principales novedades de una nueva legislación de contratos públicos frente a la LCAP que podrían sugerirse serían las siguientes:

a) El ámbito de la Ley debería abarcar a las diversas administraciones públicas, al Parlamento, Tribunal de Cuentas, así como a las personificaciones privadas

131. Sobre la incidencia del Derecho comunitario (y alcance de sus principios vertebradores) en la contratación pública en nuestra regulación nacional, pueden consultarse muy especialmente los trabajos de A. MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, p. 385-387; y J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; J. L. PIÑAR MAÑAS, “El Derecho comunitario de la contratación pública. Marco de referencia de la nueva Ley”, en el libro colectivo dirigido por R. Gómez Ferrer, *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 41 y ss.; M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

132. Esta propuesta viene a coincidir, en la esencia, con el planteamiento de L. PAREJO ALFONSO, que alude a la existencia de una suerte de “código” constitucional sobre el medio ambiente, con estas características. “Política territorial y de aguas: Pluralidad de administraciones y competencias. Ordenación racional de los recursos naturales (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de aguas de 1985)”, en Armando Salvador (coord.), *Ley de aguas: análisis de la jurisprudencia constitucional*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1990, p. 136-141.

133. Por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Ámbito de aplicación de la Ley”, *op. cit.*, p. 104, y J. M. BAÑO LEÓN, “La vinculación del Estado a las normas básicas de contratación”, *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1762-1764.

134. José María BAÑO LEÓN, “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, 151, enero/abril de 2001, p. 12. En la misma línea, NOGUERA DE LA MUELA (2004a: 113)

señala que la Ley de contratos tiene su razón de ser en el Derecho comunitario, de manera que aquélla sólo puede ser correctamente entendida en el contexto de este Derecho.

135. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley”, en R. Gómez-Ferrer Morant, *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 93.

136. Una primera crítica formal es que este Anteproyecto no cumple las directrices de técnicas normativas aprobadas por la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, que contiene las directrices para la elaboración de las normas, determinando criterios generales de técnica normativa. Y no cumple porque la estructura no es correcta, no se siguen las instrucciones de redacción de los artículos y éstos son demasiado extensos y existen más de quinientas remisiones en el texto, lo que convierten al producto final en un claro ejemplo de inseguridad jurídica. Valoración que igualmente sostiene el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen 514, de 25 de mayo de 2006, aconsejando “una completa revisión del texto para hacer más cómodo su manejo y más sencilla su intelección”.

137. *Vid.* GIMENO FELIU, “Reflexiones críticas sobre el Proyecto de ley de contratos del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 14, 2007. En esta misma línea crítica puede consultarse el trabajo de M. LÓPEZ-CONTRERAS y J. F. MESTRE DELGADO, *Contratos públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Instituto de Empresa y Cátedra Jurídica del Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006.

138. La sistemática del Proyecto ha llevado a compararla a F. BLANCO con el juego numérico del sudoku. “El procedimiento de selección y los criterios de adjudicación”, página 3 de su ponencia

controladas por las administraciones públicas, adoptando así, por primera vez, un criterio funcional que desempeñara una trascendental función unificadora de la contratación pública en España. Figura importante será la central de compras, que está llamada a convertirse en un claro instrumento de colaboración administrativa y que debe traducirse en una simplificación de la política de compras públicas para muchos de los sujetos sometidos a esta Ley, especialmente, los pequeños municipios. En este punto, el Proyecto de ley de contratos del sector público resulta insatisfactorio: debería definirse el concepto de poder adjudicador y aportar un listado indicativo en la línea formulada. Si observamos los artículos 2, 3 y 4 del Proyecto de ley de contratos del sector público (que deberían ser el *corazón* de la norma) se obtiene una conclusión evidente: se confunde el género –el poder adjudicador– con la especie –los distintos sujetos contratantes sometidos a la Ley–.¹³⁹ Y ello porque el texto legal debería haber sido sistematizado pensando en el concepto funcional de poder adjudicador, pero también en el concepto funcional de contrato público.¹⁴⁰ Es más, la dicción de los artículos citados se opone, de hecho, a la propia definición de la Directiva 18/2004, de 31 de marzo, que se supone se pretende transponer al quedar entes excluidos de la aplicación de esta normativa (si no están mencionados, no están incluidos, dice literalmente el artículo 2.1 del Proyecto de ley de contratos del sector público). Y otros se someten en todo caso (en lo que, se me permita, parece un *exceso de frenada*), como sucede con las fundaciones. Y con las mutuas de accidentes de trabajo, que, en mi opinión, no cumplen los tres requisitos exigidos por el TJCE (posición que mantiene España al contestar al reciente Dictamen motivado de junio de 2006, en relación con el artículo 2.1 de la LCAP).

Un modelo más correcto, a mi juicio, es por el que opta la Ley foral navarra 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos, cuyo artículo 2 realiza una adecuada definición de los distintos sujetos sometidos: personas y entidades sometidas a la Ley foral.

“1. Quedan sometidas a las disposiciones de la presente Ley foral:

“a) El Parlamento de Navarra, la Cámara de Comptos y el Defensor del Pueblo de Navarra.

“b) La Administración de la Comunidad Foral de Navarra, sus organismos autónomos y la Administración asesora y consultiva de las administraciones públicas de Navarra.

“c) Las entidades locales de Navarra y sus organismos autónomos, con las particularidades que resulten de la legislación foral de administración local.

“d) La Universidad Pública de Navarra.

“e) Las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurren conjuntamente estos requisitos:

–Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil.

–Que las administraciones públicas de Navarra financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia.

“f) Las personas y entidades privadas cuando celebren los contratos reseñados en las letras b) c) y d) del artículo 3.

“2. A los efectos exclusivos de la aplicación de esta Ley foral, se entiende por administraciones públicas de Navarra las entidades contempladas en las letras a), b), c) y d) del apartado anterior, sin que pueda afectar a su naturaleza institucional.

“3. Quedan excluidas de la aplicación de la presente Ley foral las sociedades mercantiles participadas o vinculadas directa o indirectamente por las personas y entidades sometidas a esta Ley foral que ejerzan exclusivamente actividades industriales, comerciales o mercantiles que no tengan la consideración de actividad de interés público.”

Aquí se cumple con la Directiva 18/2004 y con la jurisprudencia del TJCE.¹⁴¹ Esta opción podría ser

en el seminario organizado por IEAP/CER en Barcelona los días 23 y 24 de febrero de 2006.

139. Se produce, además, una evidente desconexión con la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con la LOFAGE, la LRJAPAC y con la Ley de patrimonio de las administraciones públicas, cambiando categorías aceptadas por el Derecho Administrativo (¿cómo es posible que actos de preparación y adjudicación de contratos de una entidad pública empresarial se residencien en la jurisdicción civil?, ¿no son actos administrativos? Se resucita la problemática de la dualidad de jurisdicciones. Una adecuada coherencia obliga a mantener la clásica

teoría de los actos separables residenciando en la jurisdicción contencioso-administrativa los litigios derivados de las controversias surgidas en la fase de preparación y adjudicación del contrato, al margen de la naturaleza pública o privada del ente contratante. Y una desconexión interna entre el artículo 2 y 4 del Proyecto.

140. Así, el sometimiento de contratos de órganos constitucionales debería ser directo y no por previsión de la disposición adicional tercera del Proyecto de ley de contratos del sector público.

141. A la que explícitamente se refiere, por cierto, el artículo 21 de dicha Ley, como referente interpretativo.

cuestionable –o no– pero si el legislador estatal quería diferenciarse de este modelo autonómico debería haber optado por alguna fórmula más sistemática e inequívoca.

Es más, de no imaginar una salida convincente desde la perspectiva de la seguridad jurídica, hubiera sido mejor optar por la solución del legislador andaluz en su Ley 18/2003, de 19 de diciembre, al declarar su artículo 122 que a las entidades vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía que tengan la consideración de poder adjudicador conforme a la legislación comunitaria les serán de aplicación las reglas de la LCAP cuando superen los umbrales comunitarios. Se opta por remitir al Derecho comunitario como fuente última, desistiendo de definir qué sujetos o entes se encuentran a priori sometidos.

Por otra parte, las especialidades de la Administración local deben recogerse en un capítulo específico –que atienda también a la especificidad de los pequeños entes locales–, y que no regule cuestiones propias de legislación general como es la distribución competencial Alcalde-Pleno. Aquí el Proyecto de ley de contratos del sector público opta por recoger este régimen en una extensa disposición adicional, que debería figurar, en buena técnica normativa, en su propia Ley de administración local, respetando la competencia de las comunidades autónomas. Debe llamarse la atención en la previsión que se efectúa de considerar a las diputaciones provinciales como centrales de compras para municipios de menos de 5.000 habitantes (artículo 188 del PLCSP).

El Proyecto no prevé expresamente la posibilidad de que varios entes contratantes sumen sus necesidades y tramiten un único procedimiento de licitación, tal como previene la Directiva 18/2004, lo que debe comportar evidentes economías de escala.

b) Se debe optar por la adecuada transposición –funcional– de los requisitos de capacidad, solvencia y causas de exclusión para contratar, debiendo destacarse la posibilidad de que la subcontratación pueda ser un criterio para valorar la solvencia del operador económico contratista que licita. En este aspecto el Anteproyecto es un tanto confuso y presenta contradicciones. La subcontratación debe regularse con la

solvencia y no con la fase de ejecución.¹⁴² En esta misma línea de consolidación de la estructura empresarial de los estados de la Unión –y especialmente de España–, un criterio a valorar de gran importancia sería la subcontratación del objeto.¹⁴³ Se trataría, en concreto, de explicitar lo que se piensa subcontratar y con qué empresas, de tal manera que se valoraría en su integridad la capacidad en la efectiva ejecución, y no como sucede en la práctica, en la que la Administración queda a la espera de subcontrataciones que, en muchas ocasiones, no cumplen con un mínimo de capacidad, dado que esta práctica se traslada a la ejecución del contrato, no requiriendo, a juicio de la LCAP, un mínimo de capacidad el subcontratista.¹⁴⁴ Tal posibilidad ha sido admitida por la STJCE de 2 de diciembre de 1999 (Holst Italia) al afirmar que: “La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato.” En esta línea merece ser destacada la STJCE de 18 de marzo de 2004 (Siemens AG), en la que se indica que: “A este respecto, debe recordarse que la Directiva 92/50, cuyo objeto es eliminar los obstáculos a la libre circulación de servicios con motivo de la adjudicación de contratos públicos de servicios, prevé expresamente, en su artículo 25, la posibilidad de que el licitador subcontrate a terceros una parte del contrato, ya que esta norma dispone que la entidad adjudicadora podrá exigir al licitador que mencione en su oferta la parte de dicho contrato que se proponga subcontratar.” Además, en cuanto a los criterios de selección cualitativa, el artículo 32, apartado 2, letras c) y h), de dicha Directiva establece expresamente la posibilidad de justificar la capacidad técnica

142. Vid. GIMENO FELIU, *La nueva contratación...*, op. cit., p. 181-202.

143. Como bien destaca FERNÁNDEZ FARRERES, no se puede olvidar el importante interés que para la Administración pública presenta el dato de que la prestación sea objeto o no de subcontratación. “La subcontratación administrativa”, *RarAP*, 21, 2002, p. 20-21. En esta misma línea, M. FUERTES, “La deficiente regulación de la subcontratación en los contratos de las administraciones públicas”, *REDA*, 109, 2001, p. 61-62.

144. Los artículos 115 y 116 de la LCAP admiten la subcontratación cumpliendo ciertos requisitos, entre ellos, el respetar las reglas de prohibición y lo dispuesto en la disposición adicional 18 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF, siempre que el contrato no dis-

ponga otra cosa o que por su naturaleza y condiciones deba ser ejecutado directamente por el contratista (artículo 116). En consecuencia, el pliego de condiciones el órgano de contrato puede prohibir o limitar la posibilidad de subcontratación, lo que será muy conveniente en contratos complejos o en los que se haya utilizado el procedimiento restringido. En cuanto al porcentaje de subcontratación, de no prever nada el pliego, no se podrá superar el cincuenta por ciento. Sin embargo, el pliego puede establecer otro porcentaje que, incluso, puede superar el cincuenta por ciento, en cuyo caso se deberá justificar suficientemente, máxime si se valora en la prestación la capacidad del contratista.

del prestador de servicios mediante la descripción del equipo técnico o de los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa del prestatario, de los que éste disponga para la realización del servicio, o incluso mediante la indicación de la parte del contrato que, en su caso, se proponga subcontratar.

Como declaró el Tribunal de Justicia en los apartados 26 y 27 de la sentencia *Holst Italia*, antes citada, tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que nadie puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él. Ello implica que es posible que un prestador que, de por sí, no cumple los requisitos mínimos exigidos para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios invoque ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que tiene previsto recurrir si se le adjudica el contrato.

No obstante, según el Tribunal de Justicia corresponde al prestador que pretenda referirse a las capacidades de organismos o empresas a los que esté unido por vínculos directos o indirectos, con el fin de que se admita su participación en un procedimiento de licitación, acreditar que dispone efectivamente de los medios de tales organismos o empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato (sentencia *Holst Italia*, antes citada, apartado 29).

Ésta es, por lo demás, la solución adoptada por Francia en su reciente Código de contratos públicos, aprobado por el Decreto 2001/210, de 7 de marzo, que entró en vigor el 9 de septiembre. Posibilidad que sí se recoge expresamente en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, en su artículo 42: "En el pliego de condiciones, la entidad contratante podrá pedir al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que, en su caso, tenga la intención de subcontratar con terceros. Dicha comunicación tendrá carácter meramente informativo, correspondiendo al contratista asumir la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante." Y ahora se recoge expresamente en el artículo 25 de la Directiva 18/2004:

"En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la ofer-

ta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

"Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal."

Este criterio estaría llamado en la práctica a jugar una gran importancia, pues permitiría que realmente se seleccionará a las empresas más capaces desde una visión global del contrato, con lo que, a la vez que garantizar una verdadera concurrencia, se favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual, evitando, por lo demás, los característicos problemas que se derivan siempre que este aspecto se difiere a la fase de ejecución.¹⁴⁵ Es más, en muchos casos, el principio de buena administración aconsejaría la práctica habitual de esta opción.¹⁴⁶ Para valorar la subcontratación como solvencia del operador económico contratista a efectos de admisión o selección al procedimiento de licitación bastará que se aporte el compromiso de asumir dichas prestaciones, sumando las distintas capacidades, que serán, en su caso, objeto de valoración. En estos casos, los licitadores agrupados quedarán obligados mancomunadamente ante el sujeto contratante, indicando a tal fin la participación de cada uno de ellos, y deberán nombrar un representante o apoderado único con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar las empresas para cobros y pagos de cuantía significativa.

Por otro lado, las previsiones de Registros de Licitadores deben incluirse en este capítulo. Es aquí donde se deberían incluir criterios sociales como estabilidad, discriminación positiva, etc., al garantizar que se selecciona a la mejor empresa de acuerdo con las políticas sociales públicas definidas en nuestro ordenamiento jurídico. Lo contrario es un claro incentivo a la deslocalización empresarial.

De la lectura del artículo 52 de la Directiva 18/2004, se puede llegar a la conclusión, defendida por cierto sector doctrinal, de que convendría abandonar el actual sistema de clasificación de contratistas (o elevando las cuantías previstas, sobre todo en servicios, tuviera carácter potestativo), pues con la nueva regulación comunitaria el sistema hasta ahora vigente deja de ser operativo, cumpliendo su función el Registro de Licitadores. El texto legal debería igualmente hacer posible eximir al licitador de la obligación de presentar la documentación sobre los extremos que los suje-

145. Sobre la práctica concreta de la subcontratación, pueden consultarse GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Civitas, Madrid, 1997; FUERTES LÓPEZ, *El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, y "La deficiente regulación de la sub-

contratación en los contratos de las administraciones públicas", REDA, 109, 2001, p. 62 y ss; G. FERNÁNDEZ FARRERES, "La subcontratación administrativa", *op. cit.*, p. 17-52.

146. *Vid.* al respecto también F. BLANCO LÓPEZ, "La capacidad de los contratistas...", *op. cit.*, p. 56-60.

tos contratantes comprueben de oficio, y permite efectuar propuestas de adjudicación, que no adjudicaciones, condicionadas a la presentación de determinados documentos antes de la adjudicación (esta última se configura como momento clave del proceso contractual, puesto que presupone la previa comprobación de los requisitos exigidos para contratar y abre el camino a la fase de ejecución). En todo caso, conviene recordar la conocida sentencia TJCE Alcatel de 1999, en cuya virtud no será posible formalizar el contrato hasta que no se resuelvan los recursos planteados.

c) Se considera un acierto la eliminación de las garantías provisionales al licitador para la concreta prestación, lo que se traduce en una evidente descarga burocrática, a la vez que en un incentivo a la participación a la licitación, especialmente para las pequeñas y medianas empresas. Es, en definitiva, una medida tanto de conveniencia como de prudencia jurídica, que permitiría resolver importantes disfunciones prácticas. Sin embargo, la lógica sistemática de la norma obliga a que estos preceptos sean previos a los que regulan las garantías definitivas.

d) El Proyecto de ley de contratos del sector público pretende diseñar con nitidez los perfiles de los distintos tipos de contratos públicos, diferenciando lo que es el régimen jurídico –público o privado– de los mismos, optando por la tipología comunitaria y evitando innecesarias confusiones. Así, se habla correctamente de un contrato de obras, de un contrato de suministro y de un contrato de servicios. Sin embargo, el tema de concesiones no parece bien resuelto, y se propone como alternativa la regulación de los contratos de concesión en sus tres variantes (atendiendo a su función) de construcción y explotación de obras, de explotación de servicios monopolizados (el anterior contrato se gestión de servicios públicos) y el de explotación de infraestructuras, a los que se dotaría de un régimen de ejecución común y que permitiría dar adecuada cobertura legal a las prácticas habituales en España. Contratos que deben ser diferenciados de los contratos patrimoniales, a los que les serán de aplicación sus propias normas y sólo supletoriamente lo dispuesto en esta Ley. Lo que no se comprende es que parece que sobreviven los contratos administrativos especiales (artículo 19.2), pese a que no se definen ni se mencionan en la memoria explicativa. La lógica del Anteproyecto aconseja que desaparezca esta previsión.

Por último, por vocación de la Ley, resulta ilógica la previsión de la técnica de convenio en función del ente y del importe. Debe trasponerse adecuadamente

la STJCE de 11 de enero de 2005, que condena al Reino de España por esta práctica. El umbral –como hemos advertido en esta introducción– debe ser irrelevante a estos efectos.¹⁴⁷ En esta misma lógica, los apartados m) y n) del artículo 4 requieren un tratamiento específico bajo la rúbrica de encargos o encomiendas a entes propios, recogiendo adecuadamente la doctrina del TJCE sobre este asunto.¹⁴⁸ Y es en este artículo donde debe regularse la técnica del concierto y sus condicionantes (no debe confundirse la acción concertada con los contratos) ni que ciertas prestaciones sean auténticos contratos de servicios (paradigma de lo que se expone es el ámbito sanitario).

e) La parte dedicada a los procedimientos de adjudicación contiene uno de los aspectos más novedosos del Proyecto de ley al diferenciar entre contratación de publicidad comunitaria (el Anteproyecto la denomina *armonizada*) y la inferior a ésta, y a regular la contratación pública y los medios electrónicos. El objetivo básico de esta regulación pasa por, respetando los principios básicos, combinar el rigor en el control de posibles abusos e irregularidades con vías formales flexibles, más adaptadas a la envergadura real de los contratos, que reduzcan la carga burocrática en los casos en que no sea necesaria. Los procedimientos de adjudicación que incorporará la futura Ley se habrían de basar, por un lado, en la distinción entre procedimientos abiertos, selectivos (anterior restringido) negociados y diálogo competitivo, para los de umbral comunitario, y, además, abreviado y simplificado (en el que, en general, se opera contra factura) para los de cuantía no comunitaria (con plazos mínimos de licitación más adaptados a las necesidades reales de estos contratos). En estos casos, parece acertada la propuesta que eleva la cuantía que permite acudir a un procedimiento negociado (con y sin publicidad), ya que las propias circunstancias del mercado y del procedimiento así lo aconsejan. Sin embargo, creemos que resulta conveniente prever además un nuevo procedimiento abreviado, caracterizado por ser un procedimiento abierto a la participación de cualquier interesado, en el que es posible la publicidad de la licitación a través de medios de prensa, de gran difusión efectiva, o mediante web. La elevación de las cuantías del contrato menor no resulta una medida acertada y debería desaparecer este contrato y sustituirse por uno simplificado (siguiendo, por ejemplo, el modelo en la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra).

En cuanto a la incorporación de las TIC a la contratación pública en el Anteproyecto de la LCSP, amén de

147. Vid. GIMENO FELIU, *La nueva contratación...*, op. cit., p. 136-137.

148. GIMENO FELIU, "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: Alcance de la jurisprudencia comunitaria", *Informe Comunidades Autónomas 2005*.

existir una inadecuada sistemática, debería advertirse más nítidamente la diferencia entre medios electrónicos y procedimientos electrónicos.¹⁴⁹ La previsión de la Ley de dos nuevas modalidades: el sistema de adquisición dinámica y la adquisición electrónica debe recogerse en el capítulo dedicado a procedimientos. En este punto, se considera un acierto la regulación de estas modalidades, ya que la contratación pública a través de internet ofrece, además de los beneficios financieros, un acceso más sencillo a los mercados mundiales, al proporcionar más visibilidad y unos procesos administrativos más simples. Estos nuevos horizontes pueden ser particularmente beneficiosos para las PYME, al permitirles buscar oportunidades fuera de su entorno más inmediato. Llama a atención la ausencia de previsiones específicas que garanticen la interoperabilidad de la contratación pública. La colaboración entre los distintos poderes adjudicadores debe ser clave de cara a encontrar soluciones o propuestas homogéneas que permitan alcanzar satisfactoriamente el fin perseguido y que eviten cierta confusión en los contratistas, que podría acarrear una no deseada "fragmentación del mercado". Por otro lado, el Proyecto de ley de contratos del sector público adolece de la identificación de los bienes, derechos e intereses dignos de protección jurídica, para determinar si éstos quedan o no protegidos, y en qué medida, con el empleo de dichas nuevas tecnologías.¹⁵⁰

f) Las formas de adjudicación deberían ser el concurso y la subasta (aunque cabría pensar en la posibilidad de incorporar la terminología comunitaria de oferta económicamente más ventajosa y precio más bajo respectivamente), y serán reguladas conforme a lo dispuesto en el Derecho comunitario, incorporando para ambos la técnica de la oferta anormalmente baja. La sistemática aquí es confusa y debe ser modificada, al no parecer correcto incluir en un mismo criterio lo que ahora son dos criterios de adjudicación tanto en nuestra LCAP como en la Directiva (y en el proyecto de contratación en los sectores especiales). Por lo que se refiere al concurso, el elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán. Entre las novedades resalta la posibilidad de valorar aspectos ambientales o de calidad vinculados a la prestación del contrato, conforme a la interpretación dada por la jurisprudencia comunitaria (dando por hecho que ciertas condiciones deberán tener carácter obligatorio y figurar en las respectivas especificaciones técnicas). En el caso de concurso, debe preverse que

la oferta económica sea valorada posteriormente a la oferta técnica (lo que empieza a ser una práctica habitual que genera más concurrencia).

g) Las normas generales de tramitación administrativa de los expedientes de los sujetos de naturaleza pública se deberían asentar sobre ejes nítidos, que se habrán de caracterizar por la supresión de trámites que no repercuten en controles reales de fondo, haciendo descansar este último, cuando proceda, en las juntas de contratación pública. En resumen, se deberán simplificar los trámites, posibilitando una más rápida adjudicación y, por ende, efectiva satisfacción de la prestación que se necesita. Desde esta perspectiva sorprende que haya desaparecido la tramitación anticipada, que ha demostrado su utilidad. La lógica aconseja que se introduzca en el texto esta modalidad.

h) En la ejecución, suspensión y resolución del contrato, además de algunas variaciones y garantías adicionales sobre el texto presentado, parece oportuno recoger la posibilidad de que los interesados puedan recurrir los motivos de un modificado, lo que habrá de suponer la introducción de una eficaz garantía práctica que puede coadyuvar a erradicar prácticas a todas luces incorrectas y que descargan la responsabilidad en las concretas personas que lo acometen. Se deberían habilitar penalidades contractuales pactadas en pliego (extendibles al margen de la naturaleza privada o pública del ente contratante). Es en este capítulo general de ejecución donde se debe incluir el precepto de fuerza mayor. El control no debe residenciarse en el Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente, sino en las juntas consultivas de contratación administrativa, habida cuenta del perfil y vocación de éstas.

i) La diferenciación de régimen jurídico para empresas públicas y entes análogos para contratos inferiores al umbral comunitario exige una mayor concreción del contenido de esas instrucciones (debería recogerse la recomendación de la Comisión en su Comunicación de 1 de agosto de 2006). Aunque la propuesta resulta en sí una clara mejora al texto legal actualmente vigente e introduce cierta seguridad, aunque conviene clarificar la terminología y aclarar que están sometidos a los principios comunitarios y constitucionales de concurrencia, transparencia, no-discriminación, reconocimiento mutuo, objetividad y eficiencia procedimental y de los fondos públicos que gestionan.

j) Por último, debe llamarse la atención sobre la implantación para todo contrato independientemente de su umbral y de la personalidad pública o privada de quien contrata, de un sistema de recursos rápi-

149. Sobre esta cuestión, me remito a mi trabajo *La nueva contratación...*, *op. cit.*, p. 228-250.

150. J. F. MESTRE DELGADO, "La subasta electrónica: Consideraciones sobre el empleo de medios telemáticos en la contratación pública", *Revista General de Derecho Administrativo*, 2/2003, p. 4.

do y eficaz, con tutela cautelar de todo tipo, que no puede descansar, como se prevé en el Proyecto de ley de contratos del sector público en el mismo órgano de contratación, al vulnerar la finalidad de la Directiva comunitaria y la doctrina del TJCE en sentencia de 28 de octubre de 1999 (Alcatel), al señalar que la Directiva de recursos de 1989 “debe interpretarse en el sentido de que los estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”. El recurso debería descansar sobre un órgano administrativo especializado (bien podrían ser las juntas consultivas de contratación pública, como sucede en Baleares o en Navarra), que deberá resolver en un breve plazo y que imposibilitará hasta su resolución la efectiva formalización del contrato. Con una regulación así se conseguiría una efectiva y leal transposición a la Directiva 89/665/CEE, modificada por la Directiva 92/50, de recursos.¹⁵¹ Por ello, en modo alguno puede aceptarse que el recurso se residence en el mismo órgano que dictó el acto. Opción que supone manifiesta contravención del Derecho comunitario. Si a esto añadimos la dualidad de jurisdicción, la valoración no puede ser sino negativa.

k) Por último, siguiendo el modelo de las instituciones comunitarias y del ordenamiento francés, parece conveniente la constitución de un consejo consultivo para la apertura de la contratación pública, interdisciplinar y con representación autonómica, empresarial y académica, y que debe servir de foro u observatorio para analizar el mercado de los contratos públicos e informar y proponer iniciativas que garanticen los objetivos de una adecuada y correcta política de contratación pública.

La valoración es, por tanto, crítica. En línea similar a lo expuesto, se ha posicionado el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006. En el mismo se indica lo siguiente:

“llama la atención que no se haya recabado informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, ‘órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa’ (artículo 10.1 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas), [...] debería haber res-

paldado su tramitación con la consulta e informe de autoridades académicas y universitarias –las únicas entre las mencionadas instancias cuya participación no consta en el expediente–, lo que sin duda hubiera permitido contar con una importante y necesaria perspectiva en no pocos puntos del anteproyecto.

“[...] El Anteproyecto de ley de contratos del sector público pretende un nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos, que, poniendo término al sistema de sucesivas extensiones impuestas por las exigencias comunitarias, construya desde el principio el sistema de reglas jurídico-públicas, partiendo de una perspectiva amplia. Tal planteamiento supone, en primer lugar, una delimitación inicial del ámbito de aplicación en términos más comprensivos (contratos del sector público), pero gira sobre todo alrededor de la pretendida asunción –se verá que no sin problemas– de un criterio funcional, impuesto por el Derecho comunitario, para la exigencia de regímenes contractuales diversos según que los contratos celebrados por entes del sector público se encuentren o no ‘sujetos a regulación armonizada’. Del desarrollo de estos aspectos en el texto del anteproyecto se tratará luego por extenso.

“A propósito de todo ello, el Consejo de Estado quiere poner de relieve que el anteproyecto sometido a consulta ha hecho un indudable esfuerzo para servir a estos ambiciosos objetivos. No debe olvidarse, sin embargo, que la conjunción de reglas propias de un consolidado sistema de contratación administrativa de Derecho interno con otras provenientes de las exigencias impuestas por el Derecho comunitario se enfrenta a numerosas dificultades. Muchos de los obstáculos surgidos se pondrán de relieve en los diversos apartados de este dictamen, tratando de ofrecer una vía de solución.

“Con carácter general, debe señalarse ahora, de forma destacada, que el éxito en la consecución de los objetivos proyectados y la estabilidad del sistema que resulte del anteproyecto están en función, en buena medida, de la capacidad de este para construirse de forma sencilla y ordenada. La regulación de la ley proyectada debe partir de normas y principios de aplicación claros y generales. En la medida de lo posible, el desarrollo normativo de aspectos tangenciales y de detalle debe deferirse a la norma reglamentaria. *El Consejo de Estado encarece, en definitiva, una revisión global del texto que dé respuesta a los problemas que se observarán y permita construir la norma fundamental de la contratación pública de acuerdo con el nuevo planteamiento que ésta pretende.*” (La cursiva es nuestra.) ■

151. Vid. GIMENO FELIU, *La nueva contratación...*, op. cit., p. 77-127.

Una observación de los convenios urbanísticos desde el Derecho Urbanístico de Cataluña

Manuel Táboas Bentanachs
Magistrado.
Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. La problemática urbanística subyacente: la complejidad del ordenamiento jurídico urbanístico en su aplicación.
2. El urbanismo "a medida".
3. Los convenios urbanísticos de primera y de ulteriores generaciones.
4. La tensión entre el urbanismo concertado y el urbanismo reglamentado.
5. El convenio urbanístico típico y el convenio urbanístico atípico.
6. Los convenios urbanísticos atípicos.
7. Los elementos personales, reales y formales de los convenios urbanísticos atípicos.
8. Los elementos accidentales del convenio urbanístico atípico. La ausencia de previsión de garantías de su cumplimiento y de las consecuencias de su incumplimiento.
9. El reconocimiento jurisdiccional de los convenios urbanísticos atípicos.
10. Naturaleza jurídica.
11. Límites en los convenios urbanísticos.
12. Efectos jurídicos de los convenios urbanísticos: efectos internos y efectos externos.
13. Cumplimiento voluntario e incumplimiento de los convenios urbanísticos.
14. Problemática general en el ejercicio de acciones en materia de convenios urbanísticos: la acción pública urbanística y el plazo de ejercicio de las acciones.
15. La problemática de cumplimiento forzoso de los convenios urbanísticos.
16. Sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
17. Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

1. La problemática urbanística subyacente: la complejidad del ordenamiento jurídico urbanístico en su aplicación

Ciertamente, no va a ser objeto de este trabajo un estudio académico y sistematizado de la materia relativa a los convenios urbanísticos en relación con la conocida gama de posiciones doctrinales que pudieran sustentarse. Por contra, sí me ha parecido oportuno partir de un buen número de experiencias prácticas desde el ordenamiento jurídico urbanístico de Cataluña que, quizá, sólo sean episódicas o sintomáticas, pero que en su relativo valor pueden dar alguna muestra sobre el tratamiento que los convenios urbanísticos van teniendo en sede jurisdiccional contencioso-administrativa. A tales efectos, se relacionan finalmente y se ofrecen las sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se corresponden a las mismas –junto con otros pronunciamientos del Tribunal Supremo, Sala Tercera, sobre la misma materia.

Ya de entrada, a salvo otras perspectivas fácticas, singularmente las económicas, desde la perspectiva jurídica, interesa dejar sentada la gran complejidad que ha tenido y ha ido teniendo el Derecho Urbanístico en su aplicación. Baste dar por conocido el devenir en el ámbito estatal de sus leyes y reglamentos, como en el ámbito autonómico urbanístico de Cataluña de sus disposiciones legales y reglamentarias, al punto que inclusive la mera calificación jurídica de un supuesto y la búsqueda de la normativa aplicable no dejaba de ser una labor digna de una especialización muy acentuada y, a no dudarlo, sembrada de profundas dudas, más todavía si se tienen en cuenta los reiterados derechos transitorios que, bien en el Derecho estatal, bien en el Derecho Urbanístico autonómico de Cataluña, se iban ofreciendo.

Ante esa situación no debe sorprender que una gran cantidad de convenios urbanísticos tratase de hacer frente a esa situación de la mejor manera que las partes intuían para la más adecuada defensa de los intereses latentes.

Sin desdeñar otras causas, en una situación caracterizada por una deficiente operatividad de principios tan sentidos como el de la certeza jurídica, estabilidad jurídica, seguridad jurídica o cualquier principio garantista para el buen fin de la ordenación urbanística establecida tanto para la Administración como para cualquier operador jurídico en materia urbanística, no es de extrañar que las más de las veces ante esa situación hayan proliferado evidentemente los convenios urbanísticos.

2. El urbanismo “a medida”

En este punto, no estará de más resaltar que, a poco que se detenga la atención, en una primera aproximación a la fenomenología de los convenios urbanísticos, la conflictividad que finalmente aflora ante la jurisdicción contencioso-administrativa va mostrando unos ámbitos, una frecuencia y una tal proliferación de figuras negociables urbanísticas tan notable en su variedad que es casi inaprehensible, sobre todo si se tienen en cuenta los supuestos que se incluyen y se pactan por las partes. No resulta ocioso destacar que tal variedad de supuestos francamente interesados han dado lugar a lo que se ha dado en llamar en frases singularmente significativas, urbanismo “a medida”, *ad hoc* o *prêt à porter*.

La disculpa a un mayor y mejor ajuste metodológico se impone en este trabajo, ya que los tradicionales convenios urbanísticos en materia de planeamiento urbanístico o de gestión urbanística se hallan francamente superados desde hace ya bastante tiempo, y no es que se detecte tan sólo que cuantitativamente cada vez resulta un mayor número de supuestos urbanísticos con convenio urbanístico, mostrado debidamente o no, sino que cualitativamente su ámbito objetivo no sólo penetra en cualquier vertiente del Derecho Urbanístico –planeamiento urbanístico, gestión urbanísticas, intervención administrativa urbanística, disciplina urbanística, régimen de suelo, etc.–, sino que pasan a alcanzar otros ordenamientos sectoriales y otros supuestos, como se irá viendo.

Con la imperfección que ello supone o puede suponer, la tentación está en llegar a afirmar que se pacta y se concierta prácticamente de todo.

3. Los convenios urbanísticos de primera y de ulteriores generaciones

A este respecto y como se ha ido indicando de los convenios urbanísticos de primera generación, relativos a planeamiento urbanístico o de interpretación interesada del planeamiento urbanístico presente, entre otras posibilidades, se ha ido pasando a convenios urbanísticos de segunda generación en materia de gestión urbanística, para cualesquiera supuestos de esta naturaleza, a convenios urbanísticos de tercera y ulteriores generaciones, en el sentido de irse abordando prácticamente todas las vertientes y perspectivas del ordenamiento jurídico urbanístico y así para pasar a otras órbitas como las medioambientales, fiscales y de subvenciones y más y más supuestos.

En todo caso, no está de más reconocer que buen número de convenios urbanísticos, seguramente y

quizá las más de las veces los que no acceden a enjuiciamiento jurisdiccional contencioso-administrativo por resultar pacíficos entre las partes, tienen una relevancia importante y trascendente y obedecen a una realidad social y jurídica preexistente, y tratan de agilizar y facilitar la ordenación y la debida gestión urbanísticas, en su caso, superando situaciones jurídicas y de otro orden francamente complejas, rayando a veces en la más alta proximidad a complejidades insolubles.

No obstante y por contra, dando por efectuado el reconocimiento expuesto, como el ámbito de análisis de este trabajo obedece a la conflictividad contencioso-administrativa en materia de convenios urbanísticos, igualmente debe disculparse el acento de patología jurídica que irá resultando del mismo, máxime cuando debe darse por conocida la acentuada proliferación de casos judicialmente estimatorios de la ilegalidad de los mismos.

A su vez, también interesa resaltar que en la integral consideración de los convenios urbanísticos el factor temporal es determinante y las más de las veces es sustancial. Así, en tanta cantidad de convenios urbanísticos, tan importante es el resultado y objetivo que se trata de lograr como que los mismos vean la luz en el tiempo que sea de interés para las partes, bien en el ámbito de conseguir una figura de planeamiento urbanístico, bien en el ámbito de conseguir una delimitación de un ámbito de ejecución urbanística, bien en el ámbito de conseguir un sistema de actuación urbanístico, bien en el ámbito de cualquier otro supuesto que interese. A no dudarlo, se trata de conseguir un resultado final en tiempo adecuado a los intereses de las partes.

Finalmente, este apartado no puede terminar sino puntualizando que el verdadero poder de influencia para iniciar y conseguir en su momento un convenio urbanístico no está sujeto a reglas inamovibles, siendo particularmente destacable que en buena serie de supuestos son las administraciones con competencias en materia de urbanismo las que tienen el verdadero poder al respecto, pero en otra buena serie de supuestos no puede desconocerse que son los sujetos privados los que muestran efectivamente un innegable poder de influencia a esos fines.

4. La tensión entre el urbanismo concertado y el urbanismo reglamentado

Trayendo a colación la mejor doctrina en la materia, debe reconocerse que la problemática que se centra en los convenios urbanísticos no es sino reflejo, cuanto menos, de lo que se ha dado en llamar el

necesario equilibrio entre el urbanismo concertado y el urbanismo reglamentado.

Equilibrio siempre frágil, habida cuenta la gran movilidad de la realidad social que siempre excede o trata de exceder las siempre ofrecidas o quizá no suficientemente flexibles prescripciones legales o reglamentarias en materia urbanística.

Desde ese punto de vista, bien se puede comprender que ni todo puede ser abandonado al denominado *urbanismo concertado*, ni todo puede estar absoluta y radicalmente incluido en un urbanismo reglamentado inamovible como, por lo demás, cualquier legislación urbanística histórica y la doctrina jurisprudencial urbanística pone de manifiesto.

Ahora bien, ante la consideración del urbanismo concertado tampoco cabe desconocer la necesaria operatividad de todos aquellos principios cardinales en materia urbanística que en forma alguna pueden quedar apartados o desconocidos –así los relativos a la función social de la propiedad, a la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la actuación urbanística, a la distribución equitativa de las cargas y beneficios urbanísticos y a la participación ciudadana en materia urbanística, entre otros.

5. El convenio urbanístico típico y el convenio urbanístico atípico

Expuesto todo lo anterior y llegados a este punto, debe resaltarse que el reconocimiento de los convenios urbanísticos va dando lugar a lo que se ha llamado la diferenciación entre convenios urbanísticos típicos y convenios urbanísticos atípicos, sobre todo desde la perspectiva y adecuada diferenciación entre el régimen jurídico y los efectos jurídicos que cabe predicar de cada uno de tales supuestos.

Los convenios urbanísticos típicos, jurídicamente, son los previstos expresamente por el ordenamiento jurídico urbanístico, y en esa consideración así se regulan especialmente en su régimen jurídico y efectos jurídicos.

Por contra, los convenios urbanísticos atípicos son los que no se hallan expresamente previstos y regulados en la legislación urbanística pero gozan, como se irá viendo, de un expreso y prudente reconocimiento jurisdiccional contencioso-administrativo.

Para los convenios urbanísticos típicos, procede efectuar la oportuna remisión a su régimen jurídico aplicable, y las líneas e ideas que seguirán se centrarán en desarrollarse en el ámbito de los convenios urbanísticos atípicos.

No obstante, en apresurada cita de los principios y características de los convenios urbanísticos típicos

que pueden resultar útiles para examinar los convenios urbanísticos atípicos, interesa dejar constancia que en los típicos y en su regulación y aplicación jurisprudencial no se pasa por alto temas tan relevantes como los relativos a la garantía procedimental a que deben estar sujetos –así, tanto a los efectos de su debida transparencia, información pública y publicidad como a los efectos de la debida constancia de informes técnicos y jurídicos–, como a la evidente necesidad de pronunciarse tanto, por un lado, de las correspondientes garantías para asegurar su cumplimiento, como, por otro lado, de las consecuencias en caso de incumplimiento total o parcial.

Dirigiendo la atención al Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, resultan de obligada cita los artículos 8 y 98 del siguiente tenor:

“Artículo 8. Publicidad y participación en los procesos de planeamiento y de gestión urbanísticos.

“1. Se garantizan y se tienen que fomentar los derechos de iniciativa, de información y de participación de la ciudadanía en los procesos urbanísticos de planeamiento y de gestión.

“2. Los ayuntamientos pueden constituir voluntariamente consejos asesores urbanísticos, como órganos locales de carácter informativo y deliberativo, a los efectos establecidos por el apartado 1.

“3. Los procesos urbanísticos de planeamiento y de gestión, y el contenido de las figuras del planeamiento y de los instrumentos de gestión, incluidos los convenios, están sometidos al principio de publicidad.

“4. Todo el mundo tiene derecho a obtener de los organismos de la administración competente los datos certificados que les permitan asumir sus obligaciones y el ejercicio de la actividad urbanística.

“5. Deben regularse por reglamento las formas de consulta y divulgación de los proyectos urbanísticos, los medios de acceso de la ciudadanía a dichos proyectos y a los documentos correspondientes y la prestación de asistencia técnica para que puedan comprenderlos correctamente.

“6. Los organismos públicos, los concesionarios de servicios públicos y los particulares deben facilitar la documentación y la información necesarias para la redacción de los planes urbanísticos.

“7. En materia de planeamiento y de gestión urbanísticos, los poderes públicos deben respetar la iniciativa privada, promoverla en la medida más amplia posible y sustituirla en los casos de insuficiencia o de incumplimiento, sin perjuicio de los supuestos de actuación pública directa.

“8. La gestión urbanística se puede encargar tanto a la iniciativa privada como a organismos de carác-

ter público y a entidades, sociedades o empresas mixtas.”

“Artículo 98. Publicidad del planeamiento urbanístico.

“1. Los acuerdos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos y de los instrumentos de gestión urbanística se tienen que publicar.

“2. Todo el mundo tiene derecho a ser informado por escrito por el ayuntamiento correspondiente, en el plazo de un mes a contar de la solicitud, del régimen urbanístico aplicable a una finca o a un sector de suelo.

“3. La publicidad relativa a una urbanización de iniciativa privada debe explicitar la fecha de aprobación definitiva del plan correspondiente y el órgano administrativo que lo ha acordado, y no puede contener ninguna indicación contradictoria con el contenido de dicho plano.

“4. Los convenios urbanísticos deben integrar la documentación del planeamiento o del instrumento de gestión al cual se refieran, se someten a la información pública correspondiente y pueden ser objeto de consulta una vez aprobados.”

En su consideración, todo conduce a pensar que no se establece una regulación sistemática ni mucho menos precisa de los convenios urbanísticos en cuanto tales.

Tampoco se llega a detectar que más allá de los convenios urbanísticos en materia de planeamiento urbanístico y en materia de gestión urbanística, se haya tratado de abordar una regulación de las complejas materias que acceden a los convenios urbanísticos.

Es más, tampoco se aborda con la más escrupulosa claridad qué es lo que ocurre con los convenios urbanísticos de planeamiento urbanístico y de gestión urbanística que no se acomoden a las disposiciones relacionadas.

Parece que lo que se ha tratado es de establecer para algunos convenios urbanísticos de planeamiento y de gestión urbanísticos una garantía procedimental en el trámite de los convenios urbanísticos que se señalan –información pública– y una garantía procedimental, una vez adoptados –su publicidad.

En cambio, pero más allá de eso, han quedado fuera de regulación específica otros supuestos y otros contenidos.

6. Los convenios urbanísticos atípicos

Pues bien, tratando de ofrecer una definición, a modo de aproximación conceptual y sin mayores pretensiones, de los convenios urbanísticos atípicos, útil y en la forma que se seguirá desarrollando,

podría decirse que éstos son acuerdos de voluntades, bilaterales o multilaterales, cuanto menos entre una administración competente en materia del mismo y un particular, en su caso, con otros sujetos, en virtud de los cuales se trata de conseguir un objetivo o finalidad urbanística y sin perjuicio de otros objetivos o finalidades no necesariamente urbanísticas.

7. Los elementos personales, reales y formales de los convenios urbanísticos atípicos

Puestos a destacar el tan proliferado ámbito de convenios urbanísticos atípicos que acceden a la jurisdicción contencioso-administrativa con fundamento en su patología jurídica, se considera oportuno seguir el apoyo que representa abordar sus elementos personales, reales, formales así como sus elementos accidentales y algunas precisiones en materia procedimental.

En relación con sus elementos personales, de reconocerse que la mayoría de los convenios urbanísticos que acceden al enjuiciamiento jurisdiccional se hallan suscritos, bien por entes locales con sujetos privados, bien por la administración autonómica con sujetos privados. Trasciende en su relevancia y obviedad la constatación de que al estar en liza las competencias urbanísticas, además de los sujetos privados, se hallan involucradas bien la Administración local, bien la Administración autonómica. También existen, como resulta notorio, convenios bilaterales entre las administraciones local y autonómica.

Pero es que no cabe desconocer tampoco la proliferada realidad existente en sede de convenios plurilaterales o multilaterales suscritos entre la Administración o las administraciones y otras entidades con competencia urbanística y gran variedad de sujetos.

En este punto, pueden destacarse y concretarse los siguientes supuestos:

Convenios bilaterales a destacar:

–Convenios urbanísticos suscritos por una alcaldía de un ayuntamiento y un sujeto privado, condicionado suspensivamente a su ratificación por el Pleno del ayuntamiento posteriormente.

–Convenios urbanísticos suscritos por la Administración autonómica y un sujeto privado.

–Convenios urbanísticos suscritos por un ente local y la Administración autonómica.

Convenios multilaterales a resaltar:

–Convenios urbanísticos suscritos entre la Administración local, la Administración autonómica y un sujeto o varios sujetos privados.

–Convenios urbanísticos suscritos entre la Administración local, la Administración autonómica, otras entidades públicas urbanísticas con competencia en

materia de gestión urbanística o no y/o otras entidades u organismos públicos y/o un sujeto o varios sujetos privados.

–Inclusive de la misma manera es fácil detectar que en diversos convenios urbanísticos, desde el punto de vista objetivo, se establecen estipulaciones en favor de un tercero y estipulaciones a cargo de un tercero.

Pasando a los elementos reales de los convenios urbanísticos, vuelve a ser necesario destacar cómo la práctica demuestra que es limitada y fragmentaria la apreciación de que sólo procede la única contemplación de los convenios urbanísticos tan sólo desde la perspectiva del planeamiento urbanístico y de la gestión urbanística.

La conflictividad jurisdiccional contencioso-administrativa va dando tan buena muestra de la acentuada proliferación de objetos y contenidos de los convenios urbanísticos, que sólo cabe reiterar que el ámbito de la convención no sólo penetra en todas las perspectivas y vertientes del ordenamiento jurídico urbanístico, sino que, desbordando ese ámbito, alcanza otros ámbitos sectoriales de interés para las partes pero que, a nuestros efectos, la trascendencia y relevancia urbanística que en los mismos se contiene es radical y sustancialmente esencial.

Así merecen ser destacados, desde luego entre otros, los siguientes supuestos:

En materia urbanística:

–En el ámbito del planeamiento urbanístico.

–En el ámbito de la gestión urbanística.

–En el ámbito de la protección de la legalidad urbanística.

–En el ámbito del Derecho Sancionador urbanístico.

–En el ámbito de la intervención administrativa en materia urbanística.

En otras materias sectoriales:

–En materia de licencias o autorizaciones no urbanísticas.

–En materia medioambiental.

–En materia de obras públicas.

–En materia de contratación administrativa.

–En materia tributaria.

–En materia de subvenciones y ayudas para los particulares o/y para las administraciones.

–En materia de régimen presupuestario.

–En materia de medidas sociales.

–En materia de régimen de bienes públicos y privados.

–En materia de responsabilidad patrimonial.

–En materia de régimen de recursos administrativos de terceros.

–En materia de impugnaciones jurisdiccionales contencioso-administrativas.

En cuanto a sus elementos formales, los convenios urbanísticos aparecen caracterizados por una libertad de forma acentuada, y a estos efectos procede distinguir los siguientes casos:

–Ineludiblemente debe sentarse que jurisprudencialmente no se admiten convenios urbanísticos verbales. Ciertamente y cuanto menos por elementales cautelas de seguridad jurídica, por más relajación en su régimen jurídico que se defienda, cuando están en trance el ejercicio de potestades administrativas tan relevantes son como las que se han ido relacionando, no se acepta la existencia de convenios urbanísticos verbales.

–Son muy frecuentes los convenios urbanísticos suscritos, como se ha expuesto, por la Administración o las administraciones o entes u órganos públicos con sujetos privados.

–Inclusive son igualmente de constante aparición convenios urbanísticos otorgados en escritura pública notarial, a la mayor seguridad, para operaciones jurídicas con acceso al registro de la propiedad.

8. Los elementos accidentales del convenio urbanístico atípico. La ausencia de previsión de garantías de su cumplimiento y de las consecuencias de su incumplimiento

Como elementos accidentales del negocio jurídico que se realiza, interesa destacar que son francamente comunes y habituales el establecimiento de condiciones suspensivas y resolutorias como igualmente de términos suspensivos y resolutorios tanto en favor de unos intereses públicos como de unos intereses privados –así se condiciona la perfección del convenio urbanístico suscrito por una alcaldía de un ayuntamiento a su ratificación por el pleno del mismo; se establece una fecha en la que debe haber entrado en vigor una figura de planeamiento futura y debe haberse notificado la concesión de una licencia urbanística puesto que caso contrario el convenio urbanístico dejará de producir efectos, entre otros supuestos.

Especialmente, hay que hacer referencia a que sólo de forma extraordinaria y excepcional se muestran convenios urbanísticos en los que precisa y puntualmente se abordan temáticas tan sensibles como las de establecer garantías de cumplimiento o bien responsabilidad de ese caso de incumplimiento.

Y todo ello, adornado, cuando de convenios urbanísticos se trata, con una práctica inexistencia de procedimiento administrativo o expediente administrativo, por tanto, dejando de lado y apartando de toda consideración aquellos supuestos a los que anterior-

mente se ha hecho referencia de información pública en su tramitación y de publicidad una vez suscritos.

9. El reconocimiento jurisdiccional de los convenios urbanísticos atípicos

Con todo ello y expuesto lo anterior, debe irse significando la poco sospechosa doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa en materia de reconocimiento jurisdiccional contencioso-administrativo de los convenios urbanísticos atípicos.

Y ello es así, ya que en un apresurado examen sobre la materia siempre podrían estar latentes posibles calificaciones de inexistencia o de nulidad, basamentadas en términos y calificaciones jurídicas tales como la falta de competencia de las administraciones suscribientes para poder lograr y obtener los resultados que se interesan, como la falta total y absoluta del procedimiento administrativo a seguir desde la perspectiva urbanística o de contratación pública, como que tienen un objeto imposible, o adolecen de falta de causa o con causa ilícita, entre otros tantos supuestos análogos.

No puede negarse que la doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa ha sido y sigue siendo particularmente sensible a admitir jurídicamente los convenios urbanísticos atípicos siempre con las adecuadas cautelas y sin olvidar, no obstante, la tan acentuada necesidad de anular o de declarar nulos aquellos convenios urbanísticos contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico que el mismo no permite.

10. Naturaleza jurídica

Para abordar la naturaleza jurídica de los convenios urbanísticos, una primera diferenciación se impone.

Debe distinguirse que una cosa es el convenio urbanístico en sí y otra cosa son los instrumentos jurídico-urbanísticos que deben celebrarse en su desarrollo –así, las figuras de planeamiento urbanístico, las figuras de gestión urbanística, las licencias urbanísticas o de otro orden, etcétera.

Centrando el análisis en sí, en el convenio urbanístico debe señalarse que no se considera el mismo como una mera declaración de intenciones o como una mera declaración programática o como una mera declaración política u otros supuestos similares, carentes en todo caso de efectos jurídicos al extremo de constituirse como meros actos inimpugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que, en todo caso, todo lo más serían considerados como actos de trámite.

También es frecuente en vía contencioso-administrativa hacer valer por parte de las administraciones públicas que los convenios urbanísticos no son sino convenios meramente privados sometidos al ordenamiento civil, y así se trata de cuestionar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en su análisis para relegar su examen, con las demoras que ello supone, planteando en su caso una posible vía de peregrinaje de jurisdicciones, a la jurisdicción ordinaria civil. Tampoco se considera acertado ese posicionamiento, cuanto menos, desde la óptica de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Efectivamente, la tesis jurisprudencial contencioso-administrativa que se considera más acertada es la que califica los convenios urbanísticos como efectivos e innegables contratos administrativos o negocios jurídicos de Derecho Urbanístico, habida cuenta su finalidad innegable de incidir en el ejercicio de potestades administrativas, en definitiva, tratando de incidir en finalidades públicas urbanísticas.

Ahora bien, sentado lo anterior, lógico es reconocer que en modo alguno se ajustan a los estrictos términos del Derecho Urbanístico ni del Derecho contractual de las administraciones públicas, lo que plantea o puede plantear ciertas dudas sobre algunos extremos de su naturaleza jurídica. No obstante, la doctrina mejor sentada va centrando el análisis de los convenios urbanísticos en sede del Derecho Urbanístico y no necesariamente en el Derecho contractual de las administraciones públicas.

Como se ha expuesto anteriormente, las características de los convenios urbanísticos atípicos exige reconocer que no se ajustan ni amoldan al régimen propio de los convenios urbanísticos típicos ni tampoco a los estrictos términos de las figuras contractuales expresa y expresivamente previstas en los cauces del Derecho contractual de las administraciones públicas.

Se ha dicho con anterioridad y procede reiterar que pese a ello la doctrina jurisprudencial reconoce los convenios urbanísticos atípicos habida cuenta su funcionalidad, especialmente en cuanto facilitan o bien tratan de facilitar objetivos y finalidades urbanísticos acordes con el ordenamiento jurídico urbanístico, por tanto, el peso decisivo de esos convenios urbanísticos debe recaer especialmente en el ámbito urbanístico, innegablemente, por tanto, en el Derecho público urbanístico y siempre enjuiciables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. No resulta ocioso añadir a ese respecto la tan frecuente aceptación de normas de reparto ante ese orden jurisdiccional que reconoce la com-

petencia a los órganos jurisdiccionales competentes por razón de urbanismo.

Si de los convenios urbanísticos pasamos a los instrumentos urbanísticos de desarrollo de los mismos no debe existir ningún inconveniente en aceptar que nos vamos a ir encontrando bien con instrumentos de planeamiento urbanístico, bien con instrumentos de gestión urbanística del más variado género, bien con otros supuestos cuya naturaleza obedece a su específica generación.

No está de más tampoco insistir a este respecto que si se desborda la órbita del ordenamiento jurídico urbanístico para penetrar en otros ordenamientos, la sustancial relevancia de los instrumentos jurídico-urbanísticos es la que preside y destaca en toda la porción que se halla en liza. Y ello es así de tal suerte que sin ese contenido urbanístico el resto de su contenido no tiene sentido.

11. Límites en los convenios urbanísticos

Siguiendo la mejor doctrina y tratando de resumir y formular una serie de líneas que pueden facilitar el análisis de los convenios urbanísticos cuando se hallan en sede de enjuiciamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa, interesa señalar las siguientes:

1. Límites legales fundados en la sustancial prevalencia del principio de legalidad y del principio de jerarquía normativa, de tal suerte que a los convenios urbanísticos debe estarles vedada cualquier disposición contraria a preceptos imperativos.

A ese respecto, puestos a destacar algunos supuestos depurados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, deben señalarse los siguientes:

En sede de planeamiento urbanístico:

–Improcedencia de disponer de la potestad de planeamiento en favor de terceros sin competencia.

–Improcedencia de tratar de vulnerar las determinaciones materiales de ordenación consistentes en estándares urbanísticos.

En sede de gestión urbanística:

–Improcedencia de previsiones de delimitaciones de unidades de actuación o de polígonos *ad hoc* o a finca única.

–No-procedencia en la previsión de determinaciones de gestión urbanística que puedan poner en cuestión el principio de justa distribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento y de su ejecución.

–No-procedencia de todos aquellos supuestos que traten de desvirtuar el régimen de las sesiones obligatorias y gratuitas con especial mención de tratar de incidir improcedentemente en la cesión del diez por

ciento del aprovechamiento medio o de tratar de excluir el régimen de cargas urbanísticas, bien para la Administración, bien para particulares.

En sede de intervención administrativa urbanística:

–Imprudencia de todos aquellos supuestos que traten de desvirtuar el principio de otorgamiento reglado de las licencias.

–Imprudencia también de tratar de atentar al régimen jurídico específico de determinados tipos de licencias posibilitando obras o usos disconformes con las previsiones establecidas por ordenamiento jurídico urbanístico –así, especialmente, en los regímenes de fuera de ordenación o volumen disconforme, en los regímenes de usos u obras de carácter provisional, en las tan sentidas licencias en suelos no urbanizable, etcétera.

Y en sede de otros ordenamientos sectoriales:

–Imprudencia de tratar de vulnerar el régimen jurídico establecido en materia de aprobación y contratación administrativa de obras.

–Imprudencia, en especial, de tratar de vulnerar principios tan sentidos como los de licitación pública, pública concurrencia, audiencia pública, etcétera.

–Imprudencia de tratar de vulnerar regímenes jurídicos medioambientales de rigurosa observancia, inclusive tratando de dulcificar normas procedimentales de necesaria concurrencia.

–Imprudencia de todos aquellos supuestos en materia tributaria que tengan su mirada puesta en conseguir exenciones, condonaciones o bonificaciones improcedentes

2. Límites derivados del planeamiento urbanístico en cuanto de lo que se trata es de evitar que por la vía de un convenio urbanístico se pueda alterar, precarizar, obstaculiza o negar la coherencia y razonabilidad que en todo caso debe existir entre el planeamiento y ordenación urbanísticos y, en su caso, un convenio urbanístico.

Ya de entrada, en este punto procede destacar, como es sabido, que es reiteradísima la doctrina jurisprudencial que insiste incesantemente en mantener que la potestad discrecional de planeamiento urbanístico no puede quedar en forma alguna condicionada por lo pactado en un convenio urbanístico. Tampoco que la interpretación del planeamiento urbanístico deba hacerse ceñida a la del convenio urbanístico que corresponda.

Es más, si de lo que se trata es de abordar en un convenio urbanístico alguna previsión en materia de planeamiento urbanístico, debe resaltarse que en forma alguna le cabe al mismo alterar improcedentemente los hechos determinantes ni puede sujetar la elección calificadora más allá a lo que determinen los principios generales del Derecho.

Desde esa perspectiva, bien se puede comprender que un convenio urbanístico que tenga su mirada puesta ante una modificación o revisión de un planeamiento general en forma alguna puede poner en cuestión la coherencia y razonabilidad del total instrumento de planeamiento urbanístico general. Y si la mirada se dirige a una figura de planeamiento urbanístico no general, tampoco le cabe a las previsiones del convenio urbanístico poner en cuestión, por esa vía, el principio de jerarquía normativa predecible respecto al planeamiento urbanístico de superior jerarquía.

3. Límites teleológicos efectivamente dirigidos a mantener la ineludible dirección de la actuación urbanística que se persigue a los intereses públicos con interdicción de la arbitrariedad de las administraciones públicas.

Evidentemente, cualquier veleidad en orden a que se trate de renunciar a derechos y potestades administrativas de la Administración pública competente en materia de urbanismo encuentra adecuada respuesta en ese límite.

Pero es que especialmente en materia urbanística ese límite igualmente despliega efectos en materia del régimen general de la desviación de poder –artículo 70.2, párrafo 2, de la LJCA–, como igualmente en el régimen de nulidad de pleno derecho de las reservas de dispensación –artículo 11 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña.

4. Límites estructurales en relación con la jurisdicción contencioso-administrativa. En este punto, no se debe ocultar las grandes cautelas que presiden buen número de convenios urbanísticos cuyo riesgo está en tratar de desvirtuar el contenido de pronunciamientos jurisdiccionales contencioso-administrativos, bien sea firmes, bien sea ante la expectativa de que finalmente pueda llegar a ser firmes.

En esa tesitura, bien se puede comprender el tan acentuado riesgo en el que se incurre, ya que ese supuesto está especialmente previsto con la calificación jurídica de nulidad de pleno derecho, con lo que supone desde el punto de vista material y además desde el punto de vista procesal en la vía, si es que procede, del incidente de ejecución de sentencia previsto en el artículo 103.4 y 5 de la LJCA.

12. Efectos jurídicos de los convenios urbanísticos: efectos internos y efectos externos

Para examinar la trascendencia de los convenios urbanísticos, interesa distinguir sus efectos internos de sus efectos externos.

De por sí y en sí resulta evidente que los convenios urbanísticos tan sólo pueden producir efectos entre las partes que lo suscriben y, en principio, en forma alguna los pueden producir con terceros.

Se dice en principio, ya que como se ha expuesto con anterioridad buen número de convenios urbanísticos se conciertan con determinadas prescripciones o compromisos en favor o a cargo de terceros, y en esos casos si se cuenta con la aceptación del tercero nada habría que objetar a la producción de efectos en ese tercero en aplicación del régimen general común.

En todo caso, esos efectos internos se van a producir no necesariamente en razón a los efectos queridos por las partes, sino tan sólo en la medida que los permita el ordenamiento jurídico urbanístico. Dicho en otras palabras, deberá estarse a los límites anteriormente expuestos y, en definitiva, a la preceptiva observancia del régimen jurídico urbanístico de rigor. Todo ello a patentizar en las vías de desarrollo del convenio urbanístico y en atención a los ámbitos elegidos en el mismo.

Por lo que hace referencia a los efectos externos del convenio urbanístico, vuelve a ser necesario destacar que una cosa es el convenio urbanístico y otra cosa son los instrumentos de desarrollo para tratar de llevarlo a buen fin.

Es en esa perspectiva donde se hace necesario notar que habrá que estar al régimen jurídico resultante de cada uno de los instrumentos de desarrollo, de tal suerte que a efectos impugnatorios interesa no olvidar tanto la impugnación del convenio urbanístico en sí, como la impugnación de los instrumentos de desarrollo del mismo.

Cabe perfectamente impugnar el convenio urbanístico en sí y en las determinaciones que se han tenido a bien suscribir.

Igualmente, cabe la impugnación de los instrumentos de desarrollo del mismo en aplicación de las reglas generales correspondientes y especialmente, cuando nos hallemos ante figuras de planeamiento urbanístico, habrá que estar a su naturaleza de disposiciones generales.

Ahora bien, en este punto debe reconocerse que no cabe la impugnación indirecta del convenio urbanístico ya que, como es conocido y se ha razonado anteriormente, el convenio urbanístico no alcanza la naturaleza de disposición general reglamentaria susceptible de ello.

13. Cumplimiento voluntario e incumplimiento de los convenios urbanísticos

Desde la óptica de la conflictividad que accede a la jurisdicción contencioso-administrativa, debe sentar-

se que si los convenios urbanísticos se cumplen, especialmente, dando lugar a los instrumentos jurídicos correspondientes y todo ello es pacífico, ya que nada se impugna, ningún elemento trascendente procede destacar.

Ahora bien, ante la posibilidad y efectiva realidad de un incumplimiento de las determinaciones y convenciones de un convenio urbanístico, una primera constatación procede destacar. Resulta notable la falta de previsión de garantías previstas en el convenio urbanístico para asegurar su cumplimiento y, además, igualmente destacables la falta de previsión de las consecuencias jurídicas que las partes pacten respecto al incumplimiento del convenio urbanístico.

Y se destaca esa doble perspectiva en un doble orden de consideraciones. En primer lugar, no está de más destacar que puede llegar a sorprender que ante materias cuantitativa y cualitativamente mucho más ambiciosas que un negocio jurídico de Derecho privado del importe económico francamente menor, no se prevean las más mínimas y elementales garantías personales o reales de cumplimiento, inclusive, si así se prefiere, lo mismo cabe afirmar en materia de consecuencias jurídicas caso de incumplimiento del convenio urbanístico. Pero es que ello es singularmente relevante en la medida que como se irá viendo ello va a precarizar y complicar innecesariamente la conflictividad en materia de cumplimiento *in natura* o por sustitución de lo pactado en convenio urbanístico.

14. Problemática general en el ejercicio de acciones en materia de convenios urbanísticos: la acción pública urbanística y el plazo de ejercicio de las acciones

Si centramos el caso del enjuiciamiento de los concretos convenios urbanísticos atípicos, debe resaltar-se su acentuada gravedad tanto desde la perspectiva de los sujetos legitimados para impugnar los mismos como desde la perspectiva de los plazos de que gozan esos legitimados para atender a su impugnación.

Puestos a destacar los supuestos de legitimación para la impugnación de los convenios urbanísticos en los supuestos que van accediendo al enjuiciamiento en la jurisdicción contencioso-administrativa, procede ir señalando los siguientes:

1. Incuestionablemente, a las partes de un convenio urbanístico, les cabe atender a su impugnación ya desde su suscripción, o bien les cabe impugnar los actos de desarrollo –así para atender a la interpretación de los mismos en la forma que corresponda– e igualmente les cabe impugnar los actos de modifica-

ción de los convenios urbanísticos, inclusive por actos unilaterales (*sic*) producidos con posterioridad, como supuestos más frecuentes.

2. También le cabe a la propia Administración ejercitar acciones contra los convenios urbanísticos suscritos, siendo el caso más paradigmático el que se va produciendo cuando se produce un cambio de consistorio municipal o bien un cambio en la Administración que los ha suscrito. Las manifestaciones a ese respecto van desde la resolución expresa de recursos administrativos formulados contra el convenio urbanístico hasta ese momento no resueltos, como también iniciativas bien conocidas de revisión de oficio dirigidas tanto al convenio urbanístico como también a todos los actos o figuras de planeamiento urbanístico de desarrollo del mismo.

3. No tan esporádica ni mucho menos residual en el mundo local es el ejercicio de acciones por miembros de la entidad local que hayan votado en contra de la suscripción del convenio urbanístico.

4. Sí, en cambio, puede afirmarse que es muy episódica la vía de ejercicio de acciones por la acción vecinal en el mundo local.

5. No debe pasarse por alto igualmente la posibilidad de impugnación por parte de otras administraciones. Así, de la Administración autonómica respecto a convenios urbanísticos suscritos por la Administración local o de la Administración General del Estado respecto a los convenios urbanísticos de la Administración autonómica o/y local.

6. Pero es que lo verdaderamente relevante en sede de ejercicio de acciones en materia de convenios urbanísticos es la tan reiterada necesidad de irse pronunciando sobre la perfecta aceptación del ejercicio de la acción pública urbanística, precisamente ante una materia urbanística cual es la constitutiva y esencial en los convenios urbanísticos. El juego de la acción pública en materia de convenios urbanísticos y precisamente para su impugnación es de necesaria cita y procede dejar la oportuna constancia al respecto.

Finalmente, este apartado no puede terminar sino destacando la no menos importante trascendencia de la perspectiva temporal en la impugnación de los convenios urbanísticos.

Como la hipótesis que se contempla es la relativa a convenios urbanísticos atípicos no sujetos a procedimiento administrativo regular, y, por tanto, mucho menos se acomodan a parámetros de información pública ni de publicidad, la cuestión fundamental radica en que ante esos convenios urbanísticos que adolecen de esas características no cabe detectar ningún *dies a quo* a que anudar un plazo para ejercitar las correspondientes acciones.

En esa tesitura no puede sino reconocerse que ante convenios urbanísticos opacos, ocultos o no sujetos a ninguna evidencia real de conocimiento a terceros y especialmente a titulares de la acción pública, sólo y en la medida que los mismos se den por notificados o manifiesten su concreto conocimiento sobre el convenio urbanístico, se puede dar lugar a un posible plazo de ejercicio de acción, lo que conlleva seguramente como reacción a la naturaleza de los mismos a una práctica dificultad rayando en imposibilidad de poder apreciar un ejercicio de acciones extemporánea.

15. La problemática de cumplimiento forzoso de los convenios urbanísticos

Efectivamente, en aplicación de las reglas generales, nada procede matizar ni añadir a la perfecta posibilidad de que los convenios urbanísticos se incumplan total o parcialmente, debiendo estarse, en su caso y en los supuestos más graves, al régimen de resolución contractual correspondiente. Si acaso añadir que el incumplimiento de los convenios urbanísticos va resultando ser total y sustancial, sin que sea la regla la del incumplimiento parcial, en razón a que todas y cada una de sus previsiones suelen ser efectiva y radicalmente estructurales, de tal suerte que sin alguna de ellas se afecta concluyentemente al buen y querido fin del todo.

Para los casos de incumplimiento, resulta ser de tan reiterada cita que sólo cabe dar por reproducido el posicionamiento categórico, elevado a la consideración de no tener excepciones, que consiste en que ante un incumplimiento de los convenios urbanísticos sólo cabe la ejecución *in natura* cuando del incumplimiento de los sujetos privados se trata y, en cambio, en forma alguna cabe la ejecución *in natura* cuando del incumplimiento de la Administración pública se trata.

Como anteriormente se ha expuesto, la problemática de la ejecución *in natura* o por sustitución quedaría francamente aligerada en la medida que precisamente el supuesto de hecho de incumplimiento hubiera quedado previsto en el convenio urbanístico y anudado a unas consecuencias jurídicas específicamente previstas.

Pues bien, tratando de destacar los supuestos francamente conflictivos en esta sede interesa señalar los siguientes:

1. Cuando se producen incumplimientos por parte de la Administración pública que ha suscrito los convenios urbanísticos efectivamente es reiteradísima la doctrina jurisprudencial que establece que no cabe la ejecución *in natura* de lo convenido y, con absolu-

ta independencia de otros regímenes jurídicos, todo lo más que cabe reconocer si así se insta debidamente es la indemnización de daños y perjuicios producidos por la ejecución. Por tanto, habrá de estarse a esa concreta pretensión debidamente ejercitada en forma.

2. No obstante, en materia de planeamiento urbanístico y en otras materias en las que juegan no sólo las competencias de las administraciones públicas locales, sino también las de otras administraciones públicas, singularmente las autonómicas, cuando el convenio urbanístico se ha suscrito tan sólo por alguna de ellas resulta de interés destacar la complejidad en que se incurre, ya que a la mayor seguridad, va a resultar oponible que el daño resarcible no se ha causado por la concreta administración pública que ha suscrito el convenio y sobre la que tratan las actuaciones jurisdiccionales correspondientes, sino otra administración pública. La complejidad deriva normalmente en la promoción de las correspondientes acciones fuera del proceso contencioso-administrativo existente, primero en vía administrativa y después en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, con las demoras temporales que fácilmente resulta dable intuir.

3. Pero es que tampoco está exenta de complejidad y de relativa insatisfacción el supuesto de incumplimiento por parte de los sujetos privados, ya que a pesar de la afirmación de que precisamente en esos supuestos cabría la ejecución *in natura* no resulta ocioso destacar que ello no se produce en todos los casos.

Con carácter previo y en atención todavía a la concurrencia de supuestos de esa materia, interesa resaltar que el incumplimiento de un mero convenio urbanístico no puede ser tratado como infracción urbanística merecedora de la aplicación del Derecho Sancionador urbanístico.

Pero es que, puestos a observar los casos que se presentan desde la vertiente de la vía administrativa o de la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, no resulta ocioso citar casos como los de incumplimiento de la obligación asumida por un sujeto privado relativa a conceder préstamos, otorgar ayudas, contratar personal del municipio, arrendar terrenos, pisos o edificios, constituir en régimen de propiedad horizontal un edificio, constituir una sociedad, etc., cuya ejecución forzosa en vía administrativa o, si así se prefiere, en vía jurisdiccional contencioso-administrativa no se llega a alcanzar cuanto menos fácilmente y ante su imposibilidad no resulta descartable, igualmente que en supuestos imputables a la Administración, una ejecución por sustitución.

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

Sentencia 134, de 17 de febrero de 2005. Ponente, Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia 135, de 17 de febrero de 2005. Ponente, Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia 251, de 1 de abril de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 261, de 1 de abril de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 263, de 1 abril de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 343, de 22 de abril de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia 441, de 27 de mayo de 2005. Ponente, Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia 457, de 1 de junio de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 482, de 9 de junio de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia 511, de 23 de junio de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 513, de 23 de junio de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 524, de 29 de junio de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 529, de 30 de junio de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 560, de 4 de julio de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 562, de 4 de julio de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 577, de 13 de julio de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia 581, de 14 de julio de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 689, de 16 de septiembre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia 739, de 6 de octubre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 750, de 10 de octubre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 753, de 13 de octubre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 763, de 13 de octubre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 766, de 13 de octubre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 791, de 20 de octubre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia 800, de 24 de octubre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 811, de 26 de octubre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia 849, de 7 de octubre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 856, de 9 de noviembre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia 861, de 11 de noviembre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 866, de 11 de noviembre de 2005. Ponente, Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia 951, de 7 de diciembre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 979, de 15 de diciembre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 1032, de 28 de diciembre de 2005. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 16, de 16 de enero de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 20, de 16 de enero de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 34, de 18 de enero de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 80, de 26 de enero de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 94, de 1 de febrero de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia 153, de 16 de febrero de 2006. Ponente, Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia 197, de 1 de marzo de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia 220, de 9 de marzo de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 227, de 10 de marzo de 2006. Ponente, Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia 244, de 15 de marzo de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia 247, de 15 de marzo de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia 332, de 6 de abril de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 340, de 7 de abril de 2006. Ponente, Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia 358, de 19 de abril de 2006. Ponente, Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia 403, de 3 de mayo de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia 412, de 4 de mayo de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 465, de 24 de mayo de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia 517, de 8 de junio de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia 580, de 23 de junio de 2006. Ponente, Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia 632, de 7 de julio de 2006. Ponente, Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia 1003, de 29 de noviembre de 2006. Ponente, Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia 1057, de 14 de diciembre de 2006. Ponente, Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

17. Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

STS Sala Tercera, Sección Sexta, de 13 de enero de 2000. Ponente, Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 27 de enero de 2000. Ponente, Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 27 de marzo de 2000. Ponente, Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 9 de mayo de 2000. Ponente, Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 24 de junio de 2000. Ponente, Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 13 de diciembre de 2000. Ponente, Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 10 de febrero de 2001. Ponente, Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 9 de marzo de 2001. Ponente, Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 14 de julio de 2001. Ponente, Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 20 de septiembre de 2001. Ponente, Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 15 de diciembre de 2001. Ponente, Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 31 de enero de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 1 de febrero de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 27 de febrero de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

STS Sala Tercera, Sección Cuarta, de 22 de abril de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 4 de junio de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 15 de junio de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 10 de julio de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho.

STS Sala Tercera, Sección Séptima, de 4 de septiembre de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Ramón Trillo Torres.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 7 de octubre de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 21 de octubre de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón.

STS Sala Tercera, Sección Sexta, de 21 de octubre de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 20 de noviembre de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 30 de noviembre de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 27 de diciembre de 2002. Ponente, Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 3 de febrero de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 7 de febrero de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 12 de febrero de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 6 de marzo de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 17 de marzo de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 18 de marzo de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 24 de marzo de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 8 de mayo de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 11 de junio de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

STS Sala Tercera, Sección Séptima, de 12 de junio de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 24 de junio de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 7 de julio de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 23 de junio de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 17 de noviembre de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 25 de noviembre de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 23 de diciembre de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 31 de diciembre de 2003. Ponente, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 5 de febrero de 2004. Ponente, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 31 de marzo de 2004. Ponente, Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 5 de abril de 2004. Ponente, Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 6 de julio de 2004. Ponente, Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 13 de julio de 2004. Ponente, Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 26 de abril de 2005. Ponente, Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 22 de junio de 2005. Ponente, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 12 de julio de 2005. Ponente, Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 5 de octubre de 2005. Ponente, Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 14 de octubre de 2005. Ponente, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 20 de octubre de 2005. Ponente, Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 27 de diciembre de 2005. Ponente, Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 21 de febrero de 2006. Ponente, Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

STS Sala Tercera, Sección Quinta, de 28 de marzo de 2006. Ponente, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Pérez Morate. ■

Las haciendas locales en el Estatuto de autonomía de Cataluña

Emilio Aragonés Beltrán
Magistrado

1. Introducción.
 - 1.1. Declaraciones esenciales. 1.2. Haciendas de los gobiernos locales. 1.3. Extensión y densidad del Estatuto.
 2. La situación anterior al Estatuto.
 - 2.1. Enunciados normativos del Estatuto de 1979. 2.2. Competencias estatales y Ley de haciendas locales. 2.3. Doctrina constitucional: STC 233/1999. 2.4. Conclusiones. 2.5. Jurisprudencia constitucional.
 3. Tramitación del Estatuto.
 4. Principios rectores de las haciendas de los gobiernos locales.
 - 4.1. Artículo 217 del Estatuto. 4.2. Principios de autonomía y de suficiencia de recursos. 4.3. Principio de equidad. 4.4. Principio de responsabilidad fiscal. 4.5. Otros principios no recogidos en el artículo 217 del Estatuto. 4.6. La vela de la Generalitat.
 5. Autonomía y competencias financieras de los gobiernos locales.
 - 5.1. Autonomía presupuestaria y de gasto. 5.2. Competencia de la Generalitat. 5.2.1. Propuesta y texto definitivo. 5.2.2. Interpretaciones constitucionales. 5.2.3. Planteamiento ante el Tribunal Constitucional. 5.2.3.1. Alegaciones del recurso. 5.2.3.2. Alegaciones del Parlament de Cataluña. 5.2.3.3. Alegaciones del Abogado del Estado. 5.2.4. Conclusiones. 5.3. Capacidad de los gobiernos locales respecto de los tributos propios. 5.3.1. Autonomía y potestad de fijación de cuotas o tipos. 5.3.2. Beneficios fiscales. 5.4. Competencia de los gobiernos locales en la aplicación de los tributos. 5.5. Tutela financiera.
 6. Suficiencia de recursos.
 - 6.1. Fondo de Cooperación Local. 6.2. Participaciones en tributos y en subvenciones incondicionadas del Estado. 6.2.1. Propuesta y Estatuto. 6.2.2. Impugnación constitucional. 6.2.2.1. Alegaciones del recurso. 6.2.2.3. Alegaciones del Abogado del Estado. 6.3. Financiación de los servicios traspasados. 6.4. Distribución de subvenciones incondicionadas y de participaciones genéricas en impuestos. 6.5. Exclusión de minoración. 6.6. Novedades de la Propuesta suprimidas.
 7. Ley catalana de haciendas locales.
 - 7.1. Ley propia de haciendas locales. 7.2. Mayoría parlamentaria cualificada. 7.3. Respeto a la autonomía local y audiencia del Consejo de Gobiernos Locales.
 8. El Catastro.
 9. Final.
- Bibliografía consultada.
Anexo.

1. Introducción

1.1. Declaraciones esenciales

El examen de los principios y normas que contiene el vigente Estatuto de autonomía de Cataluña (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio) sobre haciendas locales ha de hacerse, desde mi punto de vista, teniendo presentes tres esenciales declaraciones que se hacen en el mismo, dos en su preámbulo y la tercera en su artículo 3.1:

“1.^a) Los poderes públicos están al servicio del interés general y de los derechos de la ciudadanía.

“2.^a) Cataluña quiere desarrollar su personalidad política en el marco de un Estado que reconoce y respeta la diversidad de identidades de los pueblos de España.

“3.^a) Las relaciones de la Generalitat con el Estado se fundamentan en el principio de la lealtad institucional mutua.”

Si, por el contrario, prima sobre el interés general el de partido o ideológico; si a los derechos de la ciudadanía se anteponen los propios de los detentadores del poder; si no se parte del marco de un Estado, sino de la exclusión del mismo; o no se respeta la diversidad de identidades de los pueblos de España, sino que se sustenta una visión uniformadora y centralista; o no se respeta la indispensable lealtad institucional mutua; en estos casos, estaremos ante un diálogo de sordos, ante una lucha sin reglas por el poder y ante una falta de entendimiento lesiva para la convivencia ciudadana.

Ninguna de las declaraciones transcritas han sido objeto de impugnación en los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra el Estatuto y han de suponer, por ello, un punto de encuentro entre todos.

1.2. Haciendas de los gobiernos locales

El Estatuto catalán se refiere a las haciendas de los gobiernos locales en el capítulo III de su título VI, dedicado a la financiación de la Generalitat. El capítulo comprende cinco artículos, del 217 al 221.

Esta ubicación sistemática es discutible, al haber primado la materia (hacienda) sobre la institución (gobierno local, regulado en el capítulo VI del título II, relativo a las instituciones). Entre otros inconvenientes de esta sistemática hay que destacar que, siendo la financiación de la Generalitat uno de los puntos más debatidos del Estatuto, el que las haciendas locales se hayan regulado junto o dentro de ella ha desdibujado casi por completo esta regulación de las haciendas locales.

En el propio Estatuto se hace referencia a la materia que tratamos en otros preceptos:

–Artículo 80.1: “La Sindicatura de Cuentas es el órgano fiscalizador externo de las cuentas, de la gestión económica y del control de eficiencia de la Generalitat, de los entes locales y del resto del sector público de Cataluña.”

–Artículo 84.4: “La Generalitat debe determinar y fijar los mecanismos para la financiación de los nuevos servicios derivados de la ampliación del espacio competencial de los gobiernos locales.”

–Artículo 88: “Las leyes que afectan al régimen jurídico, orgánico, funcional, competencial y financiero de los municipios deben tener en cuenta necesariamente las diferentes características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión que tienen.”

–Artículo 94.5: “Una ley del Parlamento establece los recursos financieros suficientes para que el Conselh Generau [de Arán] pueda prestar los servicios de su competencia.”

–Artículo 204.5: “La Agencia Tributaria de Cataluña puede ejercer por delegación de los municipios las funciones de gestión tributaria con relación a los tributos locales.”

La mención en el Estatuto a los gobiernos locales, como sustitutiva de la tradicional de administración local, pretende claramente una mayor potencialidad del autogobierno político, y no simplemente administrativo, en las entidades que lo conforman. No se alcanza a comprender cómo alguna enmienda en el Congreso de los Diputados llegó a decir que “la propia utilización terminológica de gobiernos locales supone un grave quebranto de la autonomía local”, cuando se trata justamente de lo contrario.

1.3. Extensión y densidad del Estatuto

Se ha cuestionado la extensión del Estatuto en general y de la regulación de los gobiernos locales en particular, incluida su hacienda. Se ha dicho al respecto (Jiménez Asensio) que tanto la extensión normativa como su densidad están fuera de lo común en lo que es un texto pretendidamente “constitucional” o, al menos, con una “función constitucional”.

Es cierto que la naturaleza misma de una Constitución o de un Estatuto de autonomía exige que en ellos sólo se establezcan las grandes líneas maestras y los objetos fundamentales, y que los ingredientes menores que de ellos derivan se deduzcan de la esencia de los objetivos mismos.

Pero no es menos cierto que la propia extensión y densidad normativa del Estatuto es una opción deliberada, tendente a intentar “blindar” las competencias autonómicas y a superar la anterior doctrina constitucional sobre ellas.

2. La situación anterior al Estatuto

2.1. Enunciados normativos del Estatuto de 1979

En efecto, el derogado Estatuto de autonomía de 1979 sólo contenía, en materia local, meros enunciados normativos. Especialmente, el precepto competencial al respecto (artículo 9.8) se limitaba a disponer que “La Generalitat de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8. Régimen local, sin perjuicio de lo que dispone el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución. Alteraciones de los términos municipales y denominación oficial de los municipios y topónimos.”

Por su parte, el artículo 48 del Estatuto de 1979 disponía:

“1. Corresponde a la Generalitat la tutela financiera sobre los entes locales, respetando la autonomía que a los mismos reconocen los artículos 140 y 142 de la Constitución y de acuerdo con el artículo 9.8 de este Estatuto.

“2. Es competencia de los entes locales de Cataluña la gestión, recaudación, liquidación e inspección de los tributos propios que les atribuyan las leyes, sin perjuicio de la delegación que puedan otorgar para estas facultades a favor de la Generalitat.

“Mediante ley del Estado se establecerá el sistema de colaboración de los entes locales, de la Generalitat y del Estado para la gestión, liquidación, recaudación e inspección de aquellos tributos que se determinen.

“Los ingresos de los entes locales de Cataluña consistentes en participaciones en ingresos estatales y en subvenciones incondicionadas se percibirán a través de la Generalitat, que los distribuirá de acuerdo con los criterios legales que se establezcan para las referidas participaciones.”

La Ley de Cataluña 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, dedicó cinco artículos a las haciendas o finanzas locales (título 18: artículos 178 a 182), que en el Texto refundido de la misma, aprobado por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, han pasado a ser cuatro artículos, 195 a 198, con las siguientes rúbricas:

–Artículo 195: Regulación de las finanzas locales.

–Artículo 196: Contenido de la Ley de finanzas locales.

–Artículo 197: Fondo de Cooperación Local y tutela financiera.

–Artículo 198: Distribución del Fondo.

La misma Ley 8/1987 dispuso en su artículo 72.5 que: “De acuerdo con lo que establece la legislación de haciendas locales, los municipios turísticos pueden establecer tributos o recargos específicos que graven la estancia.” Precepto que no fue impugnado ante el

Tribunal Constitucional, pero que quedó vacío de contenido, pues la Ley de haciendas locales nada estableció al respecto. En el Texto refundido de 28 de abril de 2003 no figura ya tal previsión.

Por su parte, las leyes anuales de presupuestos de la Generalitat establecen los criterios de distribución del Fondo de Cooperación Local.

2.2. Competencias estatales y Ley de haciendas locales

Igualmente parcas y puramente enunciativas son las normas constitucionales relativas a competencias estatales en materia de régimen local en general, y de haciendas locales en particular.

Buena prueba de ello es el esfuerzo de búsqueda que hubo de hacer el legislador estatal para justificar su legislación sobre haciendas locales (Ley 39/1988, de 28 de diciembre; actualmente, texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo), en un precepto, el artículo 1.1, verdaderamente cabalístico, aun después de eliminar la anterior referencia al artículo 5.E.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (declarado inconstitucional por la STC 214/1989, de 21 de diciembre):

“Tienen la consideración de bases del régimen jurídico financiero de la Administración local, dictadas al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, los preceptos contenidos en esta Ley, con excepción de los apartados 2 y 3 del artículo 186, salvo los que regulan el sistema tributario local, dictados en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución y los que desarrollan las participaciones en los tributos del Estado a que se refiere el artículo 142 de la Constitución; todo ello sin perjuicio de las competencias exclusivas que corresponden al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.14 de la Constitución.”

Como tuve ocasión de exponer en detalle en 1998, el Proyecto de ley de haciendas locales señalaba que: “A los efectos de lo previsto en el artículo 5.E.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, tienen la consideración de bases del régimen financiero de la Administración local, dictadas al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, la totalidad de los preceptos contenidos en la presente Ley; todo ello sin perjuicio de las competencias exclusivas que corresponden al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.14 de la Constitución.”

Esta redacción fue objeto de una durísima crítica por parte, entre otros, de Ferreiro Lapata, que destacó que la Constitución reserva al Estado, de forma exclusiva, únicamente las bases del régimen local, como resulta de numerosos estatutos de autonomía que atribuyen a las respectivas comunidades autóno-

mas su desarrollo legislativo, por lo que en tales casos el Estado sólo puede dictar las bases, correspondiendo su desarrollo a la comunidad autónoma. De acuerdo con este esquema competencial, la legislación del Estado reguladora de las haciendas locales sólo puede referirse, en cuanto a las comunidades autónomas en cuyos estatutos se atribuye el desarrollo legislativo de las bases del régimen local, a las bases de la hacienda local, interpretación que fuerza a distinguir entre lo básico y lo no básico, aplicable esto último sólo a aquellas comunidades autónomas cuyos estatutos dejan en manos del Estado la regulación completa de las haciendas locales.

Para este autor, la intención del legislador estatal no respondía a esta interpretación, sino a la idea de que la hacienda local es materia reservada, en su totalidad, a la legislación del Estado, sin que se encuentre en la Constitución ningún título competencial que justifique esta atribución, que no puede hallarse en la competencia exclusiva del Estado sobre la "hacienda general" del artículo 149.1.14, pues "hacienda general" no puede ser "toda la hacienda", y ha de comprender no sólo la hacienda del Estado, sino también lo básico y fundamental de las otras haciendas públicas no estatales y, entre ellas, de la hacienda local, pues sólo este núcleo material de interés general afectaría al equilibrio y funcionamiento del conjunto.

Sin embargo, se concluye que el Estado ha entendido que la hacienda local es competencia exclusiva del Estado, tanto en lo básico como en lo no básico, y que las comunidades autónomas no pueden regular esta materia, salvo en detalles tales como la determinación de los regímenes financieros de las entidades supramunicipales y menores.

El texto legal vigente procede de la aceptación de una enmienda, interpretada por algunos parlamentarios como "un alivio de la fórmula avasalladora y centralista del Proyecto". En realidad, la enmienda agravó el problema, pues las remisiones que se hacen en los aspectos concretos del sistema tributario local y de la participación en ingresos del Estado sólo se pueden interpretar como un intento de reconocer al Estado la competencia normativa plena en estas cuestiones. Lo que pretendía la enmienda era circunscribir el carácter de básico a los otros aspectos del régimen financiero local, pero dejando bien claro que los tributos locales y las participaciones en ingresos del Estado son regulados de forma general por parte del Estado.

En efecto, de las intervenciones parlamentarias y de la propia exposición de motivos de la Ley 39/1988, resulta la pretensión de que todo aquello que hace referencia al sistema tributario local, todas las normas incluidas en la Ley que regulan el tema tributa-

rio local encuentran enganche constitucional con el artículo 133 de la Constitución y no con el artículo 149.1.18 de la misma.

En conclusión, el legislador estatal entendió que todos los preceptos de la LHL tienen la misma naturaleza que las normas de la Ley 7/1985, rigiendo en todo el territorio nacional (salvo los regímenes financieros forales):

A) En general, con el carácter de normas básicas dictadas al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, esto es, como bases del régimen jurídico de las administraciones públicas. En tales casos, los parlamentos autonómicos pueden participar en el complemento o cierre del sistema, desarrollando estas normas básicas en aquello en lo que así se diga en cada uno de los preceptos de la Ley.

B) Tanto las normas reguladoras del sistema tributario local como las que se refieren a la participación de las entidades locales en los tributos del Estado rigen directamente en todo el territorio nacional, sin posibilidad de intervención o desarrollo legislativo de los parlamentos autonómicos. Estos dos temas quedan cerrados con la propia legislación del Estado, por entenderse que son materias de su competencia exclusiva, según resulta del artículo 133 de la Constitución en cuanto al sistema tributario local y del artículo 142 respecto de la participación de las entidades locales en los tributos del Estado.

2.3. Doctrina constitucional: STC 233/1999

La parquedad de la Constitución y del Estatuto de Cataluña dejó el problema en manos del Tribunal Constitucional, que intentó solventarlo, con una tardanza de prácticamente once años, en la STC 233/1999, de 13 de diciembre.

Tal tardanza no influyó, sin embargo, en la claridad de la respuesta. En efecto, el Tribunal Constitucional afirma en el fundamento jurídico 4:

1.º) Que "puede afirmarse sin dificultad la *naturaleza compartida de las competencias* que, en materia de haciendas locales, poseen el Estado y aquellas comunidades autónomas que, como la catalana, han asumido en sus respectivos estatutos facultades en orden al desarrollo de las bases estatales sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas ex artículo 149.1.18 de la CE, precepto que ha de considerarse el título habilitante del Estado para ejercitar sus competencias sobre dicha materia cuando su regulación suponga introducir modificaciones de alcance general en el régimen jurídico de la Administración local o se dicte en garantía de la autonomía que ésta tiene constitucionalmente garantizada. En consecuencia, y dado que frecuentemente la regulación de la hacienda local estará llamada a incidir

sobre dicho régimen jurídico, *sólo de manera puntual podrá el Estado regular con carácter exclusivo tal materia* haciendo prevalecer el otro título competencial a que hace referencia el artículo 1.1 de la LHL, esto es, el de la *“hacienda general”* del artículo 149.1.14 de la CE. Así ocurrirá, en efecto, en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la *regulación de instituciones comunes a las distintas haciendas o de medidas de coordinación entre la hacienda estatal y las haciendas de las corporaciones locales*. O también cuando su finalidad sea la *salvaguarda de la suficiencia financiera de las haciendas locales* garantizada por el artículo 142 de la CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los artículos 137, 140 y 141 de la CE.

2.º Que *“Los artículos 133 y 142 de la CE no constituyen en sí mismos título competencial alguno a favor del Estado, sino que presuponen la competencia estatal sobre la materia en virtud de los títulos del artículo 149.1 de la CE reseñados”*.

3.º Que *“el sentido de la expresión ‘régimen local’ del artículo 9.8 del EAC tiene, sin duda, un carácter globalizador comprensivo de la totalidad de los aspectos que se refieren a la Administración local, incluidas las ‘haciendas locales’”*.

4.º Que *“Se produce así en la Ley, como apunta el Abogado del Estado, una suerte de delimitación residual de lo básico carente de la claridad que posee cualquier identificación expresa de las normas básicas, pero sin que tal circunstancia se convierta en un obstáculo insalvable para la determinación de aquéllas”*.

5.º Que *“Así pues, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.8 del EAC, en materia de haciendas locales ostentaría en principio la comunidad autónoma competencias de naturaleza legislativa y reglamentaria, que abarcarían la tutela financiera sobre los entes locales a que hace referencia el artículo 48.1 del EAC, y la función ejecutiva incluida la inspección conforme al artículo 25.2 del EAC; todo ello, por supuesto, sin perjuicio de las competencias del Estado sobre dicha materia. De modo más específico, la actuación estatal habrá de tener en cuenta también la competencia que el artículo 5 del EAC reconoce a la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre estructura de su organización territorial, particularmente por lo que a la creación de sus propias demarcaciones territoriales se refiere”*.

De todo ello parecería que, al menos, la sentencia del Tribunal Constitucional debería haber sido, respecto de este artículo 1.1 de la LHL y para las comunidades autónomas con competencias sobre régimen local, interpretativa. Pero la sentencia desestima totalmente los recursos de inconstitucionalidad respecto de tal precepto, probablemente porque aunque afirme primero que el artículo 133 de la CE no

constituye en sí mismo título competencial alguno a favor del Estado, a la hora de la verdad, sí considera que ese precepto es norma atributiva de competencia para el Estado (cfr. Alonso Mas).

Tal resultado, además de contradictorio, resulta ajeno a un recto entendimiento del artículo 133 de la CE, que no puede considerarse como una norma atributiva de competencias, puesto que se limita a establecer una reserva de ley y un marco dentro del cual las comunidades autónomas podrán establecer y exigir tributos. En todo caso, la distinción entre poder originario atribuido al Estado y la potestad otorgada a las comunidades autónomas indica que el primero tiene una potestad tributaria más amplia, limitada únicamente por la Constitución, mientras que las comunidades autónomas deben ejercer su potestad dentro del marco de otras leyes, como son los estatutos de autonomía y la LOFCA. La potestad de establecer tributos podrá ejercerla quien tenga potestad legislativa y competencia sobre la materia (caso del artículo 9.8 del EAC, que la posee en mayor o menor grado).

2.4. Conclusiones

Así las cosas, no es de extrañar que el informe del Institut d'Estudis Autònoms sobre la reforma del Estatuto concluyera (página 25) que la competencia exclusiva que en materia de régimen local reconocía el artículo 9.8 del Estatuto de 1979 se ha visto distorsionada en la práctica por la actuación de diversos títulos estatales que, de forma directa y muy a menudo tangencial, han laminado ostensiblemente la capacidad legislativa de la Generalitat.

Según tal informe, el Estado ha mantenido una amplia competencia básica que finalmente se ha proyectado sobre todos los sectores que configuran el régimen local (organización, régimen de competencias, funcionamiento, etc.) y ha monopolizado otros bien significativos, excluyendo cualquier tipo de intervención autonómica (por ejemplo, el régimen electoral municipal y provincial o las fuentes de ingresos locales).

Por legislación básica debería entenderse una legislación marco que establezca exclusivamente las reglas y los principios esenciales vertebradores de una materia, con lo que ha de dejarse un espacio amplio y sustantivo de opción legislativa a las comunidades autónomas, de acuerdo con sus respectivos estatutos. Pero lejos de ello, el Estado ha utilizado sus competencias básicas para establecer una legislación uniforme, difícilmente diferenciable del ejercicio de una competencia legislativa general, praxis legislativa reiterada que se ha convertido en un criterio aplicativo normal que el Tribunal Constitucional ha considerado que se encuentra dentro del marco constitucional, siendo una posible lectura del mismo.

Velasco Caballero lo ha explicado con lucidez: el artículo 9.8 del Estatuto de 1979 ya atribuye competencia exclusiva a Cataluña sobre “régimen local”, si bien es el propio precepto el que restringe el alcance de esa competencia al añadir que aquella competencia exclusiva se entiende “sin perjuicio de lo que dispone el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución”. Esta remisión incondicionada al precepto constitucional de la Constitución ha llevado, en última instancia, a una notable reducción en el alcance real de la competencia exclusiva de Cataluña, pues en la medida en que el Estado ha entendido el artículo 149.1.18 de la CE de una manera extensiva, amparando en dicho precepto una regulación específica y completa de las administraciones locales (LBRL y LHL), el ámbito normativo de Cataluña se ha reducido notablemente.

La jurisprudencia constitucional ha considerado legítimo que, con base en ese título competencial, el Estado apruebe leyes básicas para la Administración local: así, la STC 214/1989 (en relación con la LBRL) y la STC 233/1999 (sobre la LHL). Pero de esta jurisprudencia constitucional sólo se puede concluir que estamos ante una opción legislativa estatal no inconstitucional, pero no ante una opción directa de la Constitución. Si el Tribunal Constitucional ha aceptado la existencia de leyes estatales especiales para la Administración local es porque los anteriores estatutos de autonomía no impedían aquella conclusión, antes bien las remisiones estatutarias genéricas a la legislación básica estatal (como la del artículo 9.8 del EAC) expanden generosamente los contornos de la competencia estatal ex artículo 149.1.18 de la CE.

El propio tenor literal del artículo 149.1.18 de la CE conlleva que el “núcleo competencial” irreductible del Estado consiste en una regulación común para todas las administraciones públicas, así que ninguna reforma estatutaria puede excluir que el Estado, al regular el régimen básico y común a todas las administraciones públicas, ordene también el régimen de las administraciones locales, pero sí es posible que el Estatuto excluya la aplicación en Cataluña de normas estatales que directa y específicamente regulan el régimen de las administraciones locales. En el bien entendido de que se trata sólo de una exclusión aplicativa; nada dice esa exclusión de la validez de las leyes básicas estatales (presentes o futuras) sobre Administración local, pues aquí de lo que se habla es de que una ley que bien puede quedar amparada en una comprensión amplia del artículo 149.1.18 de la CE no es aplicable en aquellas comunidades autónomas cuyos estatutos hayan fijado de forma precisa los límites del título competencial estatal.

2.5. Jurisprudencia constitucional

La reforma del Estatuto de Cataluña se ha visto constantemente interferida por la cita de la doctrina del Tribunal Constitucional. Con finalidades distintas, el artículo 5.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial ordena a todos los jueces y tribunales la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Sin embargo, nunca podrán perderse de vista los condicionantes coyunturales de la jurisprudencia constitucional, cuyos enunciados están muy vinculados a los propios términos de los procesos en que se dictan y, en particular, a los estatutos de autonomía aplicables en cada uno de ellos. Debe prescindirse por ello de formulaciones estereotipadas y atender a las peculiaridades del proceso en que se formuló la doctrina constitucional.

En efecto, no cabe olvidar que el Tribunal Constitucional, como todo órgano jurisdiccional, dicte Derecho en los términos del concreto litigio o proceso que ante él se entabla, y en atención a las pretensiones y argumentos que ante él se formulan, y por eso es relevante fijar la atención en los condicionantes concretos de cada proceso constitucional en el que se conforma la doctrina constitucional sobre régimen local, como hace el citado Velasco, que analiza al respecto las STC 4/1981, 32/1981, 27/1987, 214/1989 y 109/1998. Paradigmática es al respecto la más arriba resumida STC 233/1999, ceñida a sintetizar y rebatir o compartir los alegatos de las partes.

Lo importante es destacar, en todo caso, la frecuencia con la que el propio Tribunal Constitucional, al enunciar el canon de enjuiciamiento, haga mención expresa a que dicho canon resulta de un precepto constitucional conjugado con uno o varios preceptos estatutarios. La consecuencia es obvia: la doctrina constitucional sobre régimen local no puede ser tomada tal cual cuando de lo que se trata es, precisamente, de identificar los límites constitucionales frente a la reforma estatutaria.

En tal sentido, cabe compartir las alegaciones del Parlament de Cataluña en el recurso de inconstitucionalidad número 8045/2006 (BOPC de 16 de noviembre de 2006): en relación con el grado de vinculación entre jurisprudencia constitucional y Estatuto de autonomía, son procedentes algunas consideraciones: A) es preciso tener en cuenta que en el caso de los estatutos de autonomía, el único parámetro de constitucionalidad es la propia Constitución española, y el Tribunal no puede acudir a las otras normas del bloque de la constitucionalidad que conforman habitualmen-

te un parámetro complementario; B) cabe recordar que la doctrina constitucional ha sido dictada en aplicación de un bloque de constitucionalidad que precisamente pretende modificarse con el nuevo Estatuto, y C) así, para determinar el grado de vinculación de la doctrina constitucional vigente sobre el legislador estatal estatuyente deberá ponderarse en cada caso si esta jurisprudencia constitucional ha sido dictada en cada caso interpretando directamente el alcance de la previsión contenida en la Constitución o se ha referido principalmente al alcance de la disposición autonómica contenida en el Estatuto que se pretende modificar.

Es la servidumbre de la jurisprudencia: “Tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura” (Kirchmann). Debe resaltarse, no obstante, las claras resistencias (activas o pasivas) de la propia jurisprudencia a corregirse cuando varían las normas, con los consiguientes “arrastres” de criterios incoherentes con las nuevas normas; así como los problemas sobre el carácter innovativo o simplemente interpretativo de las nuevas normas, lo que no siempre resulta fácil discernir.

En resumen, el nuevo Estatuto ha de ser el parámetro de validez o, en su caso, de aplicabilidad de las leyes sean éstas provenientes del ordenamiento autonómico o estatal. El Estatuto de autonomía, a pesar de que formalmente sea una ley orgánica (artículo 81.1 de la CE), presenta ciertas singularidades que se ponen de relieve en su iniciativa confiada a la comunidad autónoma (artículos 142, 146 y 151 de la CE), en su contenido predeterminado (artículos 147 y 152 de la CE), en la rigidez de su reforma (artículos 147.3 y 152.2 de la CE) y al factor de la voluntad autonómica para autoorganizarse y asumir competencias (artículos 148.1 y 149.3 de la CE). El Estatuto de autonomía forma parte destacada del bloque de constitucionalidad y es una norma superior a todas las otras excepto la Constitución.

Por tanto, como concluye Pagès Galtés, cuando la Constitución admita una pluralidad de interpretaciones posibles relacionadas con competencias autonómicas, el Estatuto de autonomía podrá concretar cuál es la interpretación por la que opta. Y si se tiene en cuenta que la vigente Constitución tiene numerosos preceptos sumamente vagos, capaces de admitir una pluralidad de interpretaciones, fácilmente se comprenderá que el Estatuto de autonomía puede ser una herramienta muy eficaz para acotar la interpretación que deberá preponderar.

3. Tramitación del Estatuto

Como es sabido, el nuevo Estatuto se tramitó, de acuerdo con lo previsto constitucional y estatutariamente, primero ante el Parlament de Cataluña y des-

pués ante las Cortes Generales. La Propuesta del Parlament fue aprobada el 30 de septiembre de 2005 y su texto se publicó en el *Boletín del Congreso de los Diputados* de 21 de octubre de 2005. El mismo *Boletín* de 3 de enero de 2006 publicó las enmiendas a la Propuesta, y el de 7 de marzo de 2006, el Informe de la Ponencia. La aprobación definitiva se produjo el 10 de mayo de 1996.

Por fin, fue refrendado mediante consulta popular el 18 de junio de 2006. En el *Boletín Oficial del Estado* de 20 de julio de 2006 se publicó la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña.

Los recortes de que fue objeto la Propuesta en la tramitación ante las Cortes Generales, en cuanto se refiere a las haciendas de los gobiernos locales, se reflejan en el cuadro que figura al final de este trabajo como anexo.

4. Principios rectores de las haciendas de los gobiernos locales

4.1. Artículo 217 del Estatuto

El primero de los preceptos estatutarios en materia de haciendas locales es el artículo 217, con la rúbrica “Principios rectores”. El precepto es idéntico al correlativo de la Propuesta y contra él no se ha promovido ningún recurso de inconstitucionalidad.

Los principios que se citan son los de suficiencia de recursos, equidad, autonomía y responsabilidad fiscal. Se añade, por fin, que la Generalitat vela por el cumplimiento de estos principios. El orden de enumeración es cuestionable, pues el primer principio citado debiera ser el de autonomía.

Se ha sostenido que estos principios no innovan el ordenamiento jurídico, ya que igualmente se deducen de la propia Constitución, y que, por tanto, el precepto tiene un alcance meramente didáctico (Pagès Galtés), aunque cabe sostener, como se hace a continuación, alguna matización a esta conclusión.

Ante todo, no puede olvidarse que el Tribunal Constitucional, desde sus mismos inicios, viene reiterando que “los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico –como afirma el artículo 1.4 del título preliminar del Código Civil–, que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea en su artículo 53.2 un sis-

tema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos –entre otros– en el artículo 14, que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación de carácter específico del valor aplicativo –y no meramente programático– de los principios generales plasmados en la Constitución. En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma” [STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1.B)].

Por tanto, los principios que plasma el Estatuto en su artículo 217 desplegarán un triple efecto: a) habrán de informar todo el ordenamiento jurídico, cuya interpretación habrá de hacerse de acuerdo con ellos; b) la incompatibilidad entre ellos y las normas de rango legal anteriores conllevará la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida, con la consiguiente opción de los órganos jurisdiccionales de inaplicarlos o de plantear cuestión de inconstitucionalidad, de acuerdo con el FJ 1.D) de la misma STC 4/1981, y c) la oposición de normas legales posteriores con ellos determinará la inconstitucionalidad de tales normas, que habrá de plantearse necesariamente ante el Tribunal Constitucional.

4.2. Principios de autonomía y de suficiencia de recursos

Por otra parte, la coincidencia entre la Constitución y el precepto estatutario se ciñe al principio de suficiencia de recursos (artículo 142 de la CE). El principio de autonomía se predica en general (artículos 137 y 140 de la CE), pero no explícitamente en cuanto a las haciendas locales.

Algunos autores han sostenido que el principio constitucional de suficiencia financiera de las haciendas locales, que proclama el artículo 142 de la CE, tiene una escasa densidad normativa, adolece de ambigüedad y vaciedad e incluso que se trata de una norma “de mera cortesía”. Tal precepto, no obstante, ha de ponerse en relación con el principio de autonomía de los municipios, consagrado en el artículo 140 de la propia Constitución, de lo que resulta un principio general de autonomía financiera.

Tales principios pueden sustentar, como escribí en 2005, impugnaciones contra los resultados de la compensación por pérdida del IAE prevista en la disposición adicional décima de la Ley 51/2002, pues ésta hace una explícita referencia al principio constitucional de suficiencia financiera de las entidades locales. La propia Ley está declarando que de no existir la compensación, el principio constitucional de suficiencia financiera no quedaría preservado, lo que quiere decir que se vulneraría.

El Borrador del *Libro blanco para la reforma del gobierno local en España*, dado a conocer por el ministerio del ramo el 17 de enero de 2005, contiene interesantes concreciones de tales principios.

En el Estatuto, su artículo 218 hace explícita referencia a la autonomía en su rúbrica y proclama la autonomía presupuestaria y de gasto de los gobiernos locales (apartado 1) y el respeto en el ejercicio de la tutela financiera (apartado 5). También se menciona el “respeto a la autonomía local” en el artículo 220.2. Por fin, el artículo 223 lleva por rúbrica “Suficiencia de recursos”.

4.3. Principio de equidad

El artículo 31.1 de la CE hace referencia a un “sistema tributario justo”, lo que resulta más genérico que la proclamación por el Estatuto de la equidad como principio por el que se rigen las haciendas locales.

A la equidad suelen referirse algunas leyes tributarias como simple sinónimo de “justicia”, sin que los no juristas (que son los que suelen redactarlas) distingan entre uno y otro término.

Sin embargo, del artículo 3.2 del Código Civil y de la exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, que dio nueva redacción al título preliminar de tal Código, ha de concluirse que el valor reconocido a la equidad ha de considerarse a modo de elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades del caso concreto. Aunque, como señala el mismo precepto, las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita (así, artículos 13 y 17 de la Ley de propiedad horizontal: el juez “resolverá en equidad lo que proceda” respecto de la designación o relevación del cargo de presidente de la comunidad o respecto de la obtención de la mayoría necesaria para adoptar acuerdos; o artículo 1154 del Código Civil: el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido cumplida en parte o irregularmente cumplida por el deudor).

Por tanto, no deja de ser notable que el Estatuto se refiera a la equidad, ya se entienda como justicia relativa o comparativa; ya lo sea como justicia del caso concreto; o ya se refiera a remisión a criterios de impartición de justicia que no descansan en el Derecho escrito, sino en la razón natural, en la moral, etcétera.

Sólo el tiempo dirá si la introducción de esta mención a la equidad es simplemente didáctica y sinónima del sistema tributario justo de la Constitución, o si aporta algo más. Cabe recordar que la proclamación constitucional de principios ha dado lugar a sorpresas mayúsculas, como la de la “eficacia” contenida en el artículo 103.1 de la CE, que fue tomada poco

menos que a broma por los primeros comentaristas del texto constitucional, y que ha sido tomada por la jurisprudencia constitucional nada menos que como justificativa de los privilegios de autotutela de las administraciones.

4.4. Principio de responsabilidad fiscal

El principio de responsabilidad fiscal se puede considerar incluido en el principio constitucional de autonomía local, el cual comporta la asunción de responsabilidades que se deriven de las decisiones que se tomen. En tal sentido, el artículo 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local señala que: "Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes."

Sin embargo, ha de entenderse, desde mi punto de vista, que con el principio de responsabilidad se quiere aludir a lo que el célebre Informe Layfield (publicado en España en 1982 por el Instituto de Estudios Fiscales) llamó "*accountability*" ("rendición de cuentas"), palabra mágica del propio Informe como destaca Domingo Solans: quien sea responsable para decidir gastar más o menos dinero en la provisión de un servicio es también responsable para decidir subir más o menos los impuestos.

Para la Comisión Layfield, la confusión de responsabilidades entre los diferentes niveles de hacienda pública y, sobre todo, el hecho de que quien sea responsable de gastar no sea, al mismo tiempo, responsable de ingresar constituye el factor decisivo para explicar el descontrol existente en el gasto público.

Por tanto, la responsabilidad fiscal que proclama el Estatuto tendría un doble sentido: aparecer los gobiernos locales como fiscalmente responsables ante sus ciudadanos y electores, con el fin de que aprecien una clara relación entre los tributos que pagan a cada uno de los niveles de gobierno; y tener facultades efectivas para tomar decisiones y actuar, ya sea en el campo administrativo o en el normativo, sobre los impuestos pagados por los ciudadanos que los eligen.

Una buena muestra de desconocimiento de este principio de responsabilidad fiscal, y también del de suficiencia de recursos, fue la reforma de la Ley de haciendas locales por la Ley 51/2002, de la que se ha dicho (Rubio de Urquía) que no incorpora una auténtica reforma de la financiación de las haciendas locales, ni siquiera una reforma del sistema tributario local; sólo se incorpora una burda y grosera "reforma" del IAE, acompañada de una absorción del IBI por el Catastro Inmobiliario y de algunas medidas menores

de maquillaje de la operación IAE, el cual, o más bien su supresión o reforma, siempre se ha concebido como un banderín de enganche electoral. Se consolida el IBI como una mera adherencia del Catastro Inmobiliario; los retoques en otros impuestos son muy ligeros e insignificantes; se suprimen los límites para que los municipios pequeños puedan desplazar presión fiscal desde el IAE hacia otros impuestos y contribuyentes; y se crean multitud de bonificaciones potestativas focalizadoras de presión social sobre los ayuntamientos. De lo que se trataba realmente era de eximir del pago del IAE a los contribuyentes "votantes" y es exactamente eso lo que ha sucedido. El Gobierno invita, pagan los ayuntamientos.

4.5. Otros principios no recogidos en el artículo 217 del Estatuto

La relación de principios mencionados en el artículo 217 no es exhaustiva ("numerus clausus"), sino meramente enunciativa.

También resultan obviamente de aplicación los proclamados en la Constitución (artículo 31.1: capacidad económica, igualdad, progresividad e interdicción de la confiscatoriedad).

Además, en otros lugares del propio Estatuto se mencionan principios aplicables sin duda a las haciendas locales. Así:

–El de "fiscalidad ecológica" que menciona el artículo 46.2: "Las políticas medioambientales deben dirigirse especialmente a la reducción de las distintas formas de contaminación, la fijación de estándares y de niveles mínimos de protección, la articulación de medidas correctivas del impacto ambiental, la utilización racional de los recursos naturales, la prevención y el control de la erosión y de las actividades que alteran el régimen atmosférico y climático, y el respeto a los principios de preservación del medio, la conservación de los recursos naturales, la responsabilidad, la *fiscalidad ecológica* y el reciclaje y la reutilización de los bienes y los productos."

Por tanto, el legislador y los gobiernos locales habrán de gravar en mayor medida los hechos impositivos que sean más perjudiciales para el medio ambiente.

–El de diferenciación, que proclama el ya transcrito artículo 88 que predica, también de la ley que afecte al régimen financiero de los municipios, la necesidad de tener en cuenta "las *diferentes características* demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión que tienen".

Como señalara la exposición de motivos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, el régimen local español se ha caracterizado tradicionalmente por un

excesivo uniformismo, heredero del modelo continental de Administración local, y con régimen común, que, con escasas singularidades que tienen en cuenta la dimensión demográfica, configura un modelo sustancialmente similar para todos los municipios. El artículo 88 del Estatuto obliga a abandonar ese uniformismo, también en materia del régimen financiero de los municipios.

En todo caso, este principio de diferenciación incluye el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9.5 de la Carta Europea de la Autonomía Local: “La protección de las entidades locales financieramente más débiles reclama la adopción de procedimientos de compensación financiera o de las medidas equivalentes destinadas a corregir los efectos del desigual reparto de las fuentes potenciales de financiación, así como de las cargas que les incumben. Tales procedimientos o medidas no deben reducir la libertad de opción de las entidades locales, en su propio ámbito de competencia.”

4.6. La vela de la Generalitat

El último inciso del artículo 217 del Estatuto dispone que la Generalitat vela por el cumplimiento de los principios proclamados en el propio precepto.

Si se entiende que los principios del artículo 217 resultan ya de la propia Constitución, la conclusión no puede ser otra que sostener que este inciso es una formulación meramente retórica, pues es evidente que, en el marco de sus competencias, todos los poderes públicos han de velar por el cumplimiento de los principios constitucionales (Pagès Galtés).

Si, por el contrario, se entiende, como se ha intentado explicar, que los principios del artículo 217 (y también los citados de los artículos 46.2 y 88) van más allá, habrá de precisarse algo más. El sentido de los términos “vela” o “velar” (e igualmente de los catalanes “vetlla” o “vetllar”) es múltiple, con referencias a la vigilia, al cuidado de enfermos, etc. Aquí se está hablando de tener cuidado de la seguridad y de la conservación de los principios proclamados o de cuidar solícitamente de los mismos.

La admonición es manifiesta cuando se trate de elaborar las normativas correspondientes por la Generalitat. Pero también será un título de legitimación para impugnar acuerdos de los gobiernos locales que desconozcan esos principios.

La enmienda número 72, presentada en el Congreso de los Diputados, sostuvo que esta mención estatutaria supone un grave quebranto de la autonomía local, por cuanto cuando el otrora carácter tuitivo del Estado sobre los entes locales ha desaparecido, como consecuencia precisamente del reconocimiento de la autonomía local, sorprende y llama poderosa-

mente la atención que la Generalitat se erija en “garante” de la misma, competencia que en la actualidad, y por mandato constitucional, corresponde tanto al Estado como a las comunidades autónomas, en virtud de las distintas competencias materiales que tengan atribuidas, y este carácter excluyente del Estado, por tanto, vulneraría también el sistema de distribución de competencias establecido por la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, del texto estatutario no resulta quebranto alguno de la autonomía local, ni comporta carácter tuitivo ninguno, ni menos excluye que el Estado, dentro de sus competencias, vele también por el cumplimiento de esos principios, todo ello dentro del servicio al interés general y del principio de la lealtad institucional mutua que han quedado aludidos.

5. Autonomía y competencias financieras de los gobiernos locales

5.1. Autonomía presupuestaria y de gasto

El artículo 218.1 del Estatuto (no modificado en el trámite parlamentario y que no ha sido objeto de impugnación constitucional) consagra la autonomía presupuestaria y de gasto de los gobiernos locales en la aplicación de sus recursos. Tal autonomía se extiende a las participaciones que perciban a cargo de los presupuestos de otras administraciones públicas. De esas participaciones pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias.

El precepto refleja el principio recogido en el artículo 9.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local (“Las entidades locales tienen derecho, en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias”). De “libertad de opción” habla el artículo 9.5 de la misma Carta.

La autonomía de gasto se predica, íntegramente, de las participaciones que perciban los entes locales a cargo de los presupuestos de otras administraciones públicas. Lo percibido por tales participaciones es, por tanto, de libre disposición, a diferencia de lo percibido por subvenciones, que deben ser, como regla general, incondicionadas, pero no es contraria a la autonomía la existencia de excepciones (cfr. artículo 9.7 de la misma Carta: “En la medida de lo posible, las subvenciones concedidas a las entidades locales no deben ser destinadas a la financiación de proyectos específicos. La concesión de subvenciones no deberá causar perjuicio a la libertad fundamental de la política de las entidades locales, en su propio ámbito de competencia”).

En suma, el artículo 218.1 del Estatuto no es sino la reiteración de criterios generales derivados de la propia autonomía local.

5.2. Competencia de la Generalitat

El artículo 218.2 del Estatuto es, por el contrario, un precepto capital en la regulación de las haciendas locales de los gobiernos locales.

5.2.1. Propuesta y texto definitivo

El precepto, como puede apreciarse en el cuadro comparativo que figura como anexo, fue modificado respecto de la Propuesta en dos importantes extremos:

1.º En el primer párrafo, el precepto establece la competencia de la Generalitat en materia de financiación local, en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado. En la Propuesta no figuraba la alusión a la “normativa del Estado”.

2.º En el segundo párrafo, el precepto establece la capacidad legislativa de la Generalitat que puede incluir o que incluye tal competencia. En la Propuesta, se señalaba que la competencia “incluye, en todo caso”, tanto la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos, como los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat. En el texto aprobado, se mantiene la inclusión de la capacidad respecto de esta distribución de participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat. Sin embargo, respecto a la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales, en lugar de decirse que se incluye “en todo caso”, se dice que “puede incluir”.

Estas modificaciones afectan de lleno al núcleo esencial de la problemática general que ha quedado apuntada. La Ley municipal y de régimen de Cataluña señaló (artículo 195.1 del Texto refundido) que: “La Generalitat tiene que regular las finanzas de los entes locales de Cataluña en el marco de lo que establece la legislación básica del Estado.” Pero la legislación del Estado ha regulado las haciendas locales en la práctica totalidad, sin discriminar lo que es básico de lo que no es básico.

La notable oscuridad de la comentada STC 233/1999 ha sido interpretada en el sentido de que las comunidades autónomas sólo pueden entrar a regular sus haciendas locales cuando así lo prevea el Estado, a pesar de que el legislador estatal tan sólo ha contemplado estas previsiones en aspectos testimoniales. Así se ha señalado, por ejemplo, por la redacción de la revista *Tributos Locales*, que: “Tales previsiones estatutarias desbordan, por completo, la actual potestad de la Comunidad Autónoma de

Cataluña en materia de tributos locales, potestad inexistente, y contravenían el carácter exclusivo de la competencia del Estado para regular el sistema tributario local, carácter ese, confirmado por la STC 233/1999.”

La poco afortunada redacción de la STC 233/1999, y la declaración de constitucionalidad del esperpento gramatical del artículo 1.1 de la Ley de haciendas locales, sin ninguna alusión interpretativa en el fallo, propician interpretaciones de tal guisa. Pero tales interpretaciones olvidan afirmaciones capitales de tal STC sobre la naturaleza compartida de las competencias en materia de haciendas locales; sobre que el Estado sólo de manera puntual podrá regular con carácter exclusivo tal materia; y sobre que los artículos 133 y 142 de la CE no constituyen en sí mismos título competencial alguno a favor del Estado; sobre que el sentido de la expresión “régimen local” del artículo 9.8 del EAC tiene, sin duda, un carácter globalizador comprensivo de la totalidad de los aspectos que se refieren a la Administración local, incluidas las “haciendas locales.” Todo lo contrario de lo que se interpreta.

5.2.2. Interpretaciones constitucionales

Pues bien, como destaca Pagès Galtés, la Propuesta de reforma estatutaria quiso poner fin a tal situación e interpretación, reclamando una ley catalana de haciendas locales capaz de desarrollar un auténtico sistema local propio y específico catalán. Cabe, en efecto, una interpretación de la Constitución según la cual, en materia de haciendas locales, únicamente se reserva al Estado la regulación de las bases, entendiendo por ellas el núcleo esencial y primario que integra la hacienda general. Y, por tanto, nada impide que el legislador estatal adopte tal interpretación en un cuerpo normativo integrante del bloque de inconstitucionalidad, como es el Estatuto de autonomía.

La principal novedad que el Estatuto ha introducido respecto de la Propuesta es dejar claro que la competencia de la Generalitat para dictar su propia ley de haciendas locales, amén de respetar la Constitución, deberá respetar el marco que le fije la normativa estatal. Hay que coincidir de nuevo con Pagès Galtés: la única finalidad que tiene el añadido relativo a la “normativa estatal” es meramente técnica, de recalcar lo obvio, esto es, que al Estado le compete fijar el marco de las haciendas locales, en el bien entendido que este marco deberá reducirse a dictar las bases de las haciendas locales, esto es, su núcleo esencial y primario que integra la hacienda general, de tal manera que el legislador estatal deberá permitir a la Generalitat hacer una política autonómica propia sobre las haciendas locales catalanas desarrollando los principios y disposiciones estatutarias.

No puede ocultarse que tal novedad pueda mantener interpretaciones contrarias. En primer lugar, el texto procede de la enmienda número 19 del Congreso de los Diputados, que si bien aludía a la “competencia del Estado para definir el marco financiero (en cuanto a participación en los ingresos del Estado) y tributario local”, señalaba posteriormente que “La capacidad legislativa en materia de tributos locales es competencia del Estado, frente a lo que señala el artículo 222.2”; y se concluía en que “estamos abiertos a una posible redacción alternativa de la Ponencia que respete las competencias del Estado en esta materia”.

Además, como ha quedado señalado, mientras la Propuesta decía que la competencia de la Generalitat en materia de financiación local “incluye, en todo caso”, la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales, el texto del Estatuto definitivamente aprobado sólo dice que la competencia de la Generalitat en materia de financiación local “puede” incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales.

5.2.3. Planteamiento ante el Tribunal Constitucional

El artículo 218.2 del Estatuto es uno de los preceptos estatutarios sobre haciendas locales que han sido impugnados en el recurso de inconstitucionalidad número 8045/2006.

5.2.3.1. Alegaciones del recurso

El recurso comienza su impugnación del artículo 218.2 del Estatuto con una extensa reseña de la jurisprudencia constitucional sobre la autonomía municipal y su garantía por medio de la legislación estatal, de la que concluye que la potestad sobre el establecimiento y regulación de los tributos propios así como la distribución de la participación en los tributos del Estado y de sus subvenciones incondicionadas forman parte del ámbito en todo caso reconocible de la autonomía municipal como institución de autogobierno y cuya atribución a otra administración territorial situaría a la autonomía municipal por debajo del expresado nivel que debe mantenerse para garantizar su capacidad de decisión y de influencia en las cuestiones fundamentales que les afectan.

Además, según el recurso, en esta materia la intervención de la Ley estatal también esta fundada en dos competencias exclusivas del Estado (artículos 149.1.18 y 149.1.14), siendo coherente con ello el 6.3 de la LOFCA (“Las comunidades autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de régimen local reserve a las corporaciones locales, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple”).

Para el recurso, el Estatuto contiene diversos preceptos relacionados que, en su conjunto, suponen una merma sustancial de la autonomía municipal y de su proyección en el principio de suficiencia financiera, así como de las competencias reservadas al Estado en materia de legislación local:

a) Asunción por el Estatuto de competencias reservadas a los municipios y a la legislación del Estado: a tenor del artículo 218.2 del Estatuto, aparece un nuevo agente en la financiación local que se arroga nada menos que competencia legislativa plena para establecer y regular tributos propios municipales, que evidentemente deberían perder este nombre vinculado a las corporaciones locales, y la capacidad para fijar los criterios de distribución de la participación de los municipios en los presupuestos de la Generalitat, eso sí, sin intervención del Estado ni de los municipios.

b) Infracción del principio constitucional de autonomía municipal consagrado en el artículo 140 de la CE: los artículos 218.2 y 218.5 son contrarios a la autonomía municipal consagrada en el artículo 140 de la CE y en particular el 218.2 se opone a la suficiencia financiera de las corporaciones locales que el artículo 142 vincula precisamente a sus tributos propios y a las participaciones en los presupuestos del Estado y las comunidades autónomas. Es decir, el artículo 218.2 atenta directamente contra el núcleo central de la suficiencia financiera de los municipios que el propio Estatuto reconoce como principio inspirador de las haciendas locales en el artículo 217 y contra la autonomía local que el artículo 220.2 declara respetar. La exposición de motivos de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, define perfectamente el sentido de este planteamiento.

La pregunta ante la regulación del artículo 218.2 es la siguiente: ¿es posible entender la suficiencia financiera de las corporaciones locales prevista en el artículo 142 de la CE con unos tributos propios establecidos y regulados por la comunidad autónoma que además distribuye las participaciones en tributos y las subvenciones incondicionadas procedentes del Estado según el artículo 219.2?, ¿dónde queda la autonomía municipal declarada en el artículo 140 de la CE si una parte sustancial de sus recursos son determinados y distribuidos por la comunidad autónoma? El artículo 218.2 del Estatuto contradice abiertamente el recto sentido de la autonomía municipal cuya existencia garantiza el artículo 140 de la Constitución.

c) Infracción del principio constitucional de reserva de ley establecido en el artículo 133, números 1 y 2, de la CE: interpretando el artículo 133.1 y 2 y los artículos 140 y 142, el Tribunal Constitucional configura la relación de la autonomía municipal con la legislación

estatal como indisociable y sirve de contrapeso a las competencias de las comunidades autónomas en materia local. Este estado de cosas se altera ahora mediante la asunción de competencias por parte del Estatuto que si las ejerciera dejaría a la legislación estatal y a la autonomía municipal sin campo de actuación, sin espacio para el ejercicio de sus competencias, vaciándolas de contenido, salvo que se quiera entender argumentando al absurdo, que pueden coexistir dos regulaciones de los tributos propios al mismo tiempo la de la comunidad autónoma y la del Texto refundido de la Ley de haciendas locales incurriendo en una doble imposición contraria al principio constitucional de capacidad económica.

d) Infracción de la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.14 de la CE relativa a la hacienda general y 149.1.18 concerniente a las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas: la cuestión es determinar el espacio que queda para la Ley de haciendas locales si se produce la efectiva regulación de los tributos propios de las corporaciones locales por parte de la Generalitat de Cataluña prevista en el artículo 218.2 del Estatuto. La Ley de haciendas Locales no sólo es la ley estatal a la que remite el artículo 133.2 para cumplir la reserva de ley en materia tributaria, sino también la ley que establece las bases de régimen local en materia de haciendas locales, según prevé el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales aprobado por el Real decreto legislativo 2/1994, de 5 de marzo. La respuesta a dicha cuestión es evidente: no queda espacio ninguno a la autonomía municipal en el ámbito de los tributos propios, salvo que se pretenda que puede coexistir una regulación estatal y otra autonómica sobre la misma materia, situación que es precisamente la que pretende evitar el artículo 6.3 de la LOFCA y que de darse produciría una doble imposición, que además es contraria al principio constitucional de capacidad económica, consagrado en el artículo 31.1 de la Constitución.

Se manifiesta aquí un fenómeno legislativo que se viene denunciando a través de todo el recurso: el Estatuto, sin perjuicio de un reconocimiento formal de la Constitución y del marco legislativo estatal, procede a un vaciamiento material de las competencias estatales mediante la "ocupación" de la materia legible. Una vez ejercida la competencia reconocida en el artículo 218.2, mediante la Ley de haciendas locales a que se refiere el 220.1 del Estatuto, ésta convierte en irreversible la asunción de competencias hasta ese momento estatales. De la misma forma que se establece, por un lado, la tutela financiera de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre los gobiernos locales y, por otro, se afirma que se respeta la autonomía municipal que queda maltrecha en ese mismo precepto. Se produce por tanto en esta mate-

ria de la legislación básica una regulación sustitutoria de la legislación estatal a la que la Constitución se remite, blindando así las competencias asumidas por el Estatuto.

5.2.3.2. Alegaciones del Parlament de Catalunya

Para las alegaciones del Parlament de Catalunya al recurso, el argumento principal del recurso considera que el artículo 218.2 del Estatuto implica la infracción del principio de reserva de ley tributaria, a lo que cabe contraponer que el precepto no vulnera el principio de reserva de ley porque en él no se prevé que la Generalitat pueda aprobar normas tributarias que carezcan del rango de ley.

Según las alegaciones del Parlament, la jurisprudencia constitucional que se cita en el recurso se produjo justamente en casos en que la determinación de elementos esenciales del tributo se dejaban a disposición de los entes locales, los cuales no tienen potestad legislativa. La determinación de los elementos tributarios debe realizarse mediante ley, sin que el artículo 133 de la CE determine que dicha ley no sea autonómica, sino al contrario, en la medida que puede deducirse que lo prevé expresamente en su apartado 2, en concordancia con los artículos 152.1, 153.a) y 157.1 de la CE, que contemplan las potestades legislativas autonómicas.

Para las alegaciones del Parlament:

a) Tampoco sería admisible una interpretación que recondujera la ley tributaria a la ley estatal en función de que la Constitución reconoce al Estado la potestad originaria para establecer tributos. El artículo 133.1 de la CE califica la potestad tributaria del Estado como "originaria", de lo que algún sector doctrinal deduce una diferenciación radical entre dicha potestad tributaria y la de las comunidades autónomas, las cuales, además, aparecerían equiparadas a las corporaciones locales en la medida que tanto unas como otras podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 133.2 de la CE). No obstante, hay que precisar el alcance de lo que significa potestad tributaria originaria en el texto constitucional: ha de considerarse totalmente superada la concepción que identificaba la potestad o el poder tributario del Estado con la "soberanía tributaria", de manera que la obligación pecuniaria de los contribuyentes se correspondía con la capacidad de exigencia del Estado, investido de *imperium* como titular de la soberanía. De acuerdo con esta concepción se distinguiría entre "potestad originaria", atribuida al Estado, y "potestad derivada", la cual correspondería a otros entes públicos en la medida que les fuese atribuida por el propio Estado.

b) Ahora bien, la Constitución de 1978 no permite mantener esta concepción por dos motivos: el prime-

ro es que la obligación de los contribuyentes se establece directamente en la Constitución, que en su artículo 31 dispone la obligatoriedad general de contribuir al sostenimiento del gasto público en términos que limitan el poder tributario en cualquiera de sus manifestaciones, lo que implica que no existe una “potestad tributaria originaria” anterior y que se superponga a la propia Constitución; el segundo es que la Constitución establece un modelo territorial (Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales), entre los que se debe distribuir la potestad tributaria. La mención a la “potestad tributaria originaria” contenida en el artículo 133.1 de la CE no implica, por tanto, que la potestad tributaria de las comunidades autónomas tenga carácter derivado, en el sentido que el Estado, titular de la potestad originaria, defina libremente el alcance de dicha potestad (en la medida que deriva de la propia), sino que se produce una posición de preferencia de la potestad tributaria del Estado en relación con la de los otros entes territoriales, sin que en ningún caso dicha preferencia pueda llegar a suprimir o anular la potestad tributaria de éstos, porque el artículo 133.2 se constituye como una garantía institucional de su existencia.

c) Ello significa que la potestad tributaria de las comunidades autónomas no deriva de la potestad originaria del Estado, sino que deriva directamente de la Constitución, de la que también deriva la propia potestad estatal. Ahora bien, además de la existencia de una regulación substantiva de rango constitucional de la potestad tributaria de las comunidades autónomas, éstas disponen de potestad legislativa, de la que carecen en términos absolutos las corporaciones locales; es decir, las comunidades autónomas disponen de un margen de autonomía tributaria formal muy superior a las corporaciones locales, porque estas últimas sólo pueden establecer tributos o decidir sobre su regulación si han sido habilitadas explícitamente por una ley que, al mismo tiempo, debe determinar los elementos esenciales de los tributos locales o, en su caso, los límites sustantivos de dichos tributos, todo ello en virtud del principio de legalidad tributaria.

d) Las corporaciones locales, como administraciones públicas, están sujetas a la ley y al Derecho. En su calidad de administraciones territoriales cuyo ámbito se halla íntegramente en el territorio de una comunidad autónoma se someten a las leyes estatales o a las autonómicas en función de cuál sea aplicable a partir del principio de la competencia. La ley autonómica garantiza, con la misma fuerza que la ley estatal, el cumplimiento de la reserva de ley, tributaria o no.

e) Por otra parte, el artículo 218.2 del Estatuto respecta especialmente las competencias del Estado en materia de hacienda general establecidas en el artículo

149.1.14 de la CE, al determinar de forma potestativa la posibilidad de establecer tributos locales, en el marco de la Constitución “y la normativa del Estado”. Es decir, la competencia financiera para establecer tributos locales se vincula a lo que establezca la norma estatal. No parece posible mayor respeto ni falta de vulneración del artículo 149.1.14 de la CE, cuando la propia norma estatutaria se autolimita en este sentido.

5.2.3.3. Alegaciones del Abogado del Estado

El Abogado del Estado comienza sus alegaciones sobre la impugnación del artículo 218.2 del Estatuto con una consideración introductoria en relación con la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas sobre las haciendas locales. De la doctrina constitucional que examina concluye que el Tribunal Constitucional reconoce un ámbito de competencia exclusiva del Estado en la regulación de las haciendas locales: aquel que, afectando a la hacienda general, no supone introducir modificaciones en el régimen jurídico de la Administración local. Pero dado que frecuentemente la regulación de la hacienda local llegará a incidir sobre dicho régimen jurídico, sólo de manera puntual podrá el Estado regular con carácter exclusivo tal materia haciendo prevalecer su competencia sobre hacienda general.

Frente a las infracciones que el recurso denuncia como cometidas por el artículo 218.2, el Abogado del Estado fija su postura en relación con una serie de presupuestos que resultan ciertamente coincidentes con los de la demanda, pues –dice el Abogado del Estado– no será esta parte la que venga a negar las competencias del Estado sobre las haciendas locales; lo que no vemos, sin embargo, es que en el texto impugnado se encuentren contradichas estas competencias.

a) El apartado es impugnado por vía de una interpretación absolutamente inadecuada a la letra y al sentido del texto. La remisión que a la Constitución y a la normativa estatal contiene su redacción supone que esa competencia estatutaria sólo podrá desplegarse, ejercerse o tener eficacia real en la medida que respete o no sobrepase las limitaciones constitucionalmente impuestas o establecidas o que vengan a establecerse por la legislación del Estado.

Dentro de ese marco delimitador, continúa precisando el artículo 218.2 del EAC de 2006 que la competencia de la Generalitat en materia de financiación local “puede incluir” la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales. Es decir, el Estatuto contiene una simple previsión futura de un concreto aspecto que pudiera añadirse al contenido de la competencia autonómica en materia de financiación local, sólo para el supuesto de

que así se llegase a permitir expresamente por el legislador estatal. En dicha previsión estatutaria se respeta la reserva de ley pero se confía al legislador autonómico. Resulta ilustrativa la comparación entre la redacción que tenía el apartado que se recurre en el Proyecto aprobado por el Parlament –“Esta competencia incluye, en todo caso, la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales”– y la que resulta tras ser aprobado como ley orgánica y que permite ya ofrecer una interpretación conforme a la Constitución –“Esta competencia puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales”.

b) La justificación ofrecida para la inconstitucionalidad del apartado 2 se basa en la invocación de determinada doctrina constitucional, principalmente de la STC 233/1999, resolutoria del recurso interpuesto contra la LHL, debiendo advertirse el limitado alcance obstativo de esta jurisprudencia respecto del nuevo Estatuto. Por de pronto, el vigente TRLHL, no es otra cosa que la expresión de la positividad vigente que no vincula a la legalidad posterior. La sentencia del Tribunal Constitucional ha enjuiciado la constitucionalidad de unos preceptos que no por haber sido declarados conformes a la Constitución, impiden la promulgación de otros posteriores, ni tienen que convertirse en canon de su constitucionalidad. Sin duda, los preceptos constitucionales admiten la mera previsión estatutaria de una alternativa de regulación positiva distinta, pues la vigente legislación estatal en la materia no persigue identificar a una fórmula concreta como excluyente de otras posteriores, sólo por el hecho de haber sido aquélla objeto de un pronunciamiento de conformidad a la Constitución.

c) Tampoco resulta admisible el reproche que se dirige en relación con la expresa inclusión que en la competencia autonómica en materia de financiación local hace el artículo 218.2 de “la capacidad para fijar los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat”. La demanda parece pasar nuevamente por alto el propio tenor literal del apartado que se recurre y que restringe dicha capacidad de fijación de criterios de distribución por la Generalitat a los ingresos consistentes en participaciones a cargo del propio presupuesto autonómico, limitación a este tipo de ingresos que permite estimar acorde con la doctrina constitucional la denunciada inclusión.

d) Las afirmaciones del recurso sobre la prohibición de doble imposición en materia tributaria, alegando una hipotética pretensión autonómica de hacer coexistir una regulación estatal y otra autonómica en materia de tributos propios de las corporaciones locales, revelan la precipitada lectura que del texto estatutario se ha llevado a cabo. No sólo es

obvio que el apartado recurrido no pretende contener previsión normativa alguna en relación con la potestad tributaria de las comunidades autónomas sobre materias impositivas gravadas por tributos locales, sino que además el artículo 220 limita el contenido de la futura Ley catalana de haciendas locales al desarrollo de los principios y disposiciones previstos en los preceptos recurridos, desarrollo que se llevará a cabo dentro del marco fijado por la Constitución y por la normativa estatal y por tanto atendiendo no sólo al TRLHL, sino también al resto de leyes que resulten de aplicación en la materia, como la LOFCA, integrante además del bloque de constitucionalidad. En todo caso, los reproches adolecen de un carácter preventivo que impiden su consideración.

5.2.4. Conclusiones

La efectividad del esencial artículo 218.2 del Estatuto dependerá de su interpretación última por el legislador estatal y por el Tribunal Constitucional. La efectuada por la STC 233/1999 respecto del Estatuto anterior permite la situación actual, en que la Generalitat carece, en la práctica, de competencias legislativas en materia de tributos locales.

Sin embargo, tal situación anterior es la que pretende superar el nuevo Estatuto. Y la supera, en todo caso, en dos aspectos esenciales:

a) Primero, reconociendo explícitamente competencias de la Generalitat en materia de financiación local, que habrán de ejercerse en el “marco” establecido por la Constitución y la normativa del Estado.

Esto ha de querer decir que la normativa del Estado no puede sino establecer únicamente el “marco” correspondiente, dejando el necesario margen de actuación legislativa a la Generalitat, que no puede limitarse a aspectos marginales o puramente testimoniales, como ocurría anteriormente. Por el contrario, ese marco, como ha quedado señalado, debiera reducirse a dictar las bases de las haciendas locales, esto es, su núcleo esencial y primario que integra la hacienda general, de tal manera que el legislador estatal deberá permitir a la Generalitat hacer una política autonómica propia sobre las haciendas locales catalanas desarrollando los principios y disposiciones estatutarias.

Estamos, por tanto, ante una competencia compartida y, en tal sentido, el artículo 111 del propio Estatuto establece que: “En las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado, corresponden a la Generalitat la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que

se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas competencias, la Generalitat puede establecer políticas propias. El Parlamento debe desarrollar y concretar a través de una ley aquellas provisiones básicas.”

b) Segundo, destruyendo el mito de la supuesta competencia exclusiva del Estado en materia de establecimiento y regulación de los tributos propios de los gobiernos locales. Aquí también es compartida la competencia legislativa, si bien no como imposición directa del Estatuto (a diferencia de lo previsto en la Propuesta: “incluye, en todo caso”), sino como posibilidad (“puede incluir”). Por tanto, queda excluida la inconstitucionalidad de la legislación estatal que, efectivamente, incluya esta competencia legislativa de la Generalitat en materia de establecimiento y regulación de los tributos propios de los gobiernos locales.

Tal competencia, en principio potencial, debiera abarcar, al igual que ocurre en general con las competencias en materia de financiación, el establecimiento de un marco básico en el sentido de principios o mínimo común normativo, con la posibilidad real de que la Generalitat establezca políticas propias.

La conclusión final debería aproximarse, desde mi punto de vista, a la sustentada por Martín Fernández, quien, tras resaltar que una de las cuestiones más oscuras en nuestro texto constitucional es la distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de régimen financiero local, sostiene:

a) Que son básicas las normas que enuncian los recursos de las entidades locales, las que tipifican el hecho imponible de los tributos, las que fijan los límites de acceso al crédito o las que determinan la participación en los recursos del Estado o el contenido necesario y la estructura fundamental de los presupuestos.

b) Que, por el contrario, no tienen tal carácter básico las normas que establecen la cuantificación y la gestión de los tributos o las que fijan aspectos no fundamentales del presupuesto y su tramitación.

Centrándonos en los recursos tributarios –según añade el mismo autor–, puede sostenerse que la enumeración de recursos efectuada por la LHL es una norma básica. Si ello es así, una comunidad autónoma no podría, a través de su normativa de desarrollo, introducir nuevos ingresos sobre el catálogo previsto en aquella (por ejemplo, no se podría prever, como recurso de las entidades locales, el producto de los tributos cedidos por la comunidad autónoma). Sin embargo, el catálogo de recursos no viene impuesto directamente por la Constitución española, ya que el artículo 142 contiene una enumeración abierta. Por tanto, es el Estado, en uso de la competencia exclusiva que le corresponde sobre las bases del régimen

jurídico, el que establece estas limitaciones. Esto significa, a su vez, que una ley de reforma de las haciendas locales puede ampliar sus fuentes de ingresos.

El mismo autor se pregunta si tiene cabida, dentro de este catálogo, la cesión de tributos autonómicos a las entidades locales, por ejemplo, estableciendo impuestos sobre la publicidad, las grandes superficies o la estancia en establecimientos hoteleros.

Si la recaudación que recibe cada municipio por cada uno de estos tributos se calcula en función del punto de conexión que se fije, es decir, de una vinculación del hecho imponible con cada término municipal, la respuesta debe ser negativa, pues la comunidad autónoma estaría creando un nuevo recurso, el del tributo autonómico cedido, no contemplado en la norma básica.

Pero también es posible que la comunidad autónoma cree tributos propios y que con el producto obtenido dote un fondo, objeto de reparto entre los municipios de su ámbito territorial. De esta manera, nos encontraríamos ante una mera participación en los ingresos de la comunidad autónoma, expresamente contemplada por el artículo 2.1 de la LHL, aunque este modelo adolecería de un grave defecto: la falta de corresponsabilidad fiscal de los municipios frente a los ciudadanos.

Tal falta de corresponsabilidad podría corregirse mediante recargos sobre tales tributos autonómicos. Este recargo está expresamente contemplado en el artículo 2 de la LHL y es objeto de desarrollo por el artículo 38.2, que dispone que: “Fuera de los supuestos expresamente previstos en la presente Ley, las entidades locales podrán establecer recargos sobre los impuestos propios de la respectiva comunidad autónoma y de otras entidades locales en los casos expresamente previstos en las leyes de la comunidad autónoma.”

En definitiva, hay que concluir que el nuevo Estatuto debe propiciar un serio análisis de las posibilidades que ofrece para establecer una política propia en materia de haciendas locales en general y de tributos locales en particular.

5.3. Capacidad de los gobiernos locales respecto de los tributos propios

5.3.1. Autonomía y potestad de fijación de cuotas o tipos

Si el artículo 218.1 del Estatuto se refiere, como se ha visto, a la autonomía presupuestaria y de gasto de los gobiernos locales, es el artículo 218.3 el que consagra la autonomía sobre la regulación de las propias finanzas.

El precepto no sufrió modificaciones respecto de la Propuesta y no ha sido objeto de ninguna objeción sobre su constitucionalidad.

El primero de sus incisos se refiere a la capacidad, en general, de los gobiernos locales para regular sus propias haciendas o finanzas en el marco de las leyes.

El segundo inciso precisa que tal capacidad incluye la potestad de fijar la cuota o el tipo de gravamen de los tributos locales, así como los beneficios fiscales (bonificaciones y exenciones), dentro de los límites establecidos por las leyes. Se recoge así lo previsto en el artículo 9.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local: “Una parte al menos de los recursos financieros de las entidades locales debe provenir de ingresos patrimoniales y de tributos locales respecto de los que tengan la potestad de fijar la cuota o el tipo dentro de los límites de la Ley.”

Esta fijación de la cuota o el tipo, dentro de los límites legales, ya se consagró por el Tribunal Constitucional y la propia Ley de haciendas locales.

5.3.2. Beneficios fiscales

Pero el precepto estatutario, a diferencia de la citada Carta, se refiere igualmente a las bonificaciones y exenciones.

El añadido es interesante, porque la redacción originaria de la Ley de haciendas locales proclamó, estrictamente, el principio de reserva de ley en materia de beneficios fiscales. El legislador de 1988, conscientemente, excluyó la posibilidad de que las ordenanzas introdujeran cualquier tipo de beneficios fiscales, como resulta del examen de los debates parlamentarios, al rechazarse las enmiendas propuestas en tal sentido. Por tanto, con tal redacción sólo eran aplicables los beneficios fiscales previstos en la propia Ley, sin que puedan reconocerse otros que los expresamente previstos en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales (artículo 9.1).

La reforma de la LHL por la Ley 50/1998 incidió en esta cuestión de la reserva legal en materia de beneficios fiscales. Además de los beneficios fiscales expresamente previstos en normas con rango de ley o derivados de tratados internacionales, se estableció que también podrán reconocerse aquellos que las entidades locales establezcan en sus ordenanzas fiscales en los supuestos expresamente previstos por la Ley.

El único fin del precepto, por tanto, es prever que además de los beneficios fiscales directamente aplicables en los tributos locales por prescripción legal, las entidades locales podrán aplicar los que tengan establecidos en sus ordenanzas fiscales cuando la ley así lo prevea. Con la nueva redacción de la Ley se rectifica el criterio adoptado en la tramitación parlamentaria de la LHL, al permitirse a la Ordenanza fiscal una colaboración en la definición normativa de los beneficios fiscales.

Pero se exige que se trate de supuestos “expresamente” previstos por la Ley, con lo que aquella colaboración queda seriamente limitada. En concreto, y como consecuencia de la misma Ley 50/1998, se estableció tal posibilidad: en el IAE, en materia de inicio de actividades; en el impuesto sobre vehículos, en relación con la política ambiental y la antigüedad de los vehículos; en el ICIO, mediante la bonificación para las declaradas de especial interés o utilidad municipal; en el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, en sucesiones *mortis causa* entre parientes próximos.

La Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la LHL, declaró el propósito de: “incrementar la autonomía municipal en el ámbito de los tributos locales, de manera que los ayuntamientos dispongan de una mayor capacidad y margen de decisión, dentro de los límites legalmente definidos, en materias como la aplicación de los tipos impositivos o de los incentivos fiscales.” Se introdujeron numerosas bonificaciones potestativas:

–En el IBI: viviendas de protección oficial, una vez transcurridos los tres primeros períodos impositivos; asentamientos de población de especial protección; diferencia de cuota; bienes inmuebles de características especiales, y familias numerosas.

–En el IAE: inicio de actividad empresarial; creación de empleo; fomento de ahorro de energía, y en relación con los rendimientos.

–En el impuesto sobre vehículos: vehículos poco contaminantes.

–En el ICIO: uso de la energía solar; planes de fomento de la inversión privada en infraestructuras; viviendas de protección oficial, y condiciones de acceso y habitabilidad de los discapacitados.

La incidencia del Estatuto en esta materia ha de suponer la exclusión de criterios legales como los sostenidos en 1988 de no permitir a los entes locales la aplicación de ningún beneficio con carácter potestativo. Sin embargo, se habrán de respetar siempre los límites establecidos por las leyes.

5.4. Competencia de los gobiernos locales en la aplicación de los tributos

La autonomía local ha de extenderse al aspecto formal del Derecho tributario, esto es, lo que la vigente Ley general tributaria denomina “aplicación de los tributos”.

El artículo 218.4 del Estatuto (precepto igual que el correlativo de la Propuesta y no impugnado) recoge esta competencia de los gobiernos locales para gestionar, recaudar e inspeccionar sus tributos. Esta competencia se rige por las siguientes previsiones del mismo precepto:

1.^a) El propio precepto contiene la salvaguardia del “marco establecido por la normativa reguladora del sistema tributario local”, que actualmente establece serias y no siempre justificadas limitaciones en materia de IBI e IAE.

2.^a) Se contempla la posibilidad que los gobiernos locales deleguen sus competencias de aplicación de sus tributos en la Generalitat. Por tanto, el precepto repite lo ya previsto en el artículo 48.2 del Estatuto de 1979.

3.^a) La única novedad relevante del artículo 218.4 del Estatuto es la mención que se hace a la posibilidad de que los gobiernos locales puedan participar en la Agencia Tributaria de Cataluña, regulada en el artículo 204 del propio Estatuto, cuyo apartado 5 señala que: “La Agencia Tributaria de Cataluña puede ejercer por delegación de los municipios las funciones de gestión tributaria con relación a los tributos locales.” La participación de los gobiernos locales en la Agencia Tributaria de Cataluña habrá de concretarse en la Ley del Parlament mencionada en el artículo 204.4 del Estatuto, donde se cuida de señalar que dicha Agencia dispone de plena capacidad y atribuciones para la organización y el ejercicio de sus funciones.

Del nuevo Estatuto desaparece la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 48.2 del Estatuto de 1979 (“Mediante una ley del Estado será establecido el sistema de colaboración de los entes locales, de la Generalitat y del Estado para la gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos que se determinaran”), de lo que resulta que la Generalitat podrá dictar su propia normativa rectora de la colaboración que tenga en la gestión de los tributos locales.

5.5. Tutela financiera

El último apartado del artículo 218 del Estatuto (apartado 5) dispone que corresponde a la Generalitat el ejercicio de la tutela financiera sobre los gobiernos locales, respetando la autonomía que les reconoce la Constitución.

El precepto fue modificado respecto de la Propuesta, eliminando de ésta el término “exclusivo” que se predicaba de tal ejercicio. No obstante, ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional.

En el artículo 48.1 del Estatuto de 1979 ya se hacía mención a esta competencia: “Corresponde a la Generalitat la tutela financiera sobre los entes locales respetando la autonomía que les reconocen los artículos 140 y 142 de la Constitución y de acuerdo con el artículo 9.8 de este Estatuto.”

No se aprecia diferencia significativa alguna entre uno y otro precepto estatutario. Según explica Pagès

Galtés, con el texto de la Propuesta la Generalitat, podría, desde luego, continuar ejerciendo como hasta ahora la función fiscalizadora sobre los entes locales y colaborar en la instrucción de los procedimientos de responsabilidad contable, pero se planteaba la duda de si, además, podría resolver estos procedimientos íntegramente, de tal manera que el Tribunal de Cuentas únicamente intervendría a posteriori como supremo órgano fiscalizador. Al desaparecer de tal Propuesta el término “exclusivo”, existen argumentos para entender que persiste el criterio en contra sostenido por la STC 187/1988, de 17 de octubre.

Por tanto, el nuevo Estatuto no añade nada nuevo en materia de tutela financiera sobre los entes locales.

Sin embargo, el suplico del recurso de inconstitucionalidad número 8045/2006 incluye la impugnación de este artículo 218.5 del Estatuto, aunque la fundamentación de tal impugnación es común a la ya analizada del artículo 218.2, sin precisión adicional alguna. Las alegaciones del Abogado del Estado hacen notar que el artículo 218.5 expresa una manifestación competencial que ya venía recogida en la redacción del EAC de 1979, sin que nada sea posible reprochar al mismo, el cual, tras su paso por las Cortes Generales, vio alterada su redacción, para adecuarse de manera inequívoca a la jurisprudencia constitucional sobre la limitación de la tutela financiera autonómica por las competencias estatales, con la supresión del adjetivo “exclusivo”. Las alegaciones del Parlament insisten además en que se prevé una referencia expresa al límite de la autonomía local prevista en el texto constitucional, lo que comporta que la impugnación que justamente se basa en la vulneración de la autonomía local tenga carácter preventivo.

6. Suficiencia de recursos

6.1. Fondo de Cooperación Local

El artículo 142 de la CE establece como una de las fuentes de recursos de las haciendas locales la participación en los tributos de las comunidades autónomas, que están constitucionalmente obligadas a financiar a las corporaciones locales a través de una participación en sus ingresos tributarios.

Esta exigencia constitucional no se ha satisfecho totalmente por el momento. Como destacaron Rimallo y Zorzona, este incumplimiento constituye un supuesto de inconstitucionalidad por omisión cuando el sistema de financiación de las comunidades autónomas diseñaba una hacienda de las mismas fundamentalmente de transferencia.

En todo caso, la Constitución no precisa la forma de tal participación en los tributos autonómicos, debien-

do hacerse en la correspondiente ley autonómica. Ésta es la materia que regula el artículo 219.1 del Estatuto (no modificado respecto de la Propuesta ni impugnado ante el Tribunal Constitucional):

“La Generalitat debe establecer un fondo de cooperación local destinado a los gobiernos locales. El Fondo, de carácter incondicionado, debe dotarse a partir de todos los ingresos tributarios de la Generalitat y debe regularse por medio de una ley del Parlamento.

“Adicionalmente, la Generalitat puede establecer programas de colaboración financiera específica para materias concretas.”

Con el precepto estatutario se da cumplimiento al artículo 142 de la Constitución (según referencias doctrinales sólo lo han hecho ocho comunidades autónomas) y se exige la continuidad en Cataluña de la participación de los gobiernos locales en los tributos autonómicos, que antes se regulaba exclusivamente en la Ley municipal y de régimen local (artículos 195 y siguientes del Texto refundido de 28 de abril de 2003).

Además, el precepto estatutario fija las pautas que habrá de seguir la Ley del Parlament: 1.^a) El Fondo de Cooperación Local será de carácter “incondicionado”, esto es, no afectado a finalidades específicas, sin perjuicio de la previsión adicional del párrafo segundo sobre la posibilidad de establecer programas de colaboración financiera específica para materias concretas; 2.^a) El Fondo se dotará de “todos” los ingresos tributarios de la Generalitat, aunque el mismo artículo 219, en su apartado 4, al regular los criterios rectores de la distribución de las participaciones genéricas, tan sólo alude a los impuestos.

6.2. Participaciones en tributos y en subvenciones incondicionadas del Estado

6.2.1. Propuesta y Estatuto

El artículo 219.2 del Estatuto hace referencia a los ingresos de los gobiernos locales en participaciones en tributos y en subvenciones incondicionadas estatales.

Se dispone, en primer lugar, que tales ingresos son percibidos por medio de la Generalitat, lo cual no es sino mera reiteración de lo ya previsto en el artículo 48.2 del Estatuto de 1979.

Y, en segundo lugar, se regula la distribución de tales ingresos: se deben distribuir de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de haciendas locales de Cataluña, cuya aprobación requerirá una mayoría de tres quintos, y respetando los criterios establecidos por la legislación del Estado en la materia. En el caso de las subvenciones incondicionadas, estos criterios deberán permitir que el Parlamento pueda incidir en la distribución de los recursos con el fin de atender a la sin-

gularidad del sistema institucional de Cataluña a que se refiere el artículo 5 del propio Estatuto.

El precepto final presenta notables diferencias con el correlativo de la Propuesta y ha sido impugnado ante el Tribunal Constitucional.

El citado artículo 48.2 del Estatuto de 1979 se limitó a señalar que la distribución se haría “de acuerdo con los criterios legales que se establezcan para las referidas participaciones”, sin precisarse si tales criterios habrían de ser establecidos por la propia Generalitat o por el Estado. El legislador estatal procedió a regular la totalidad de la materia, lo fue aceptado por la STC 331/1993, de 12 de noviembre, que sostuvo que tales criterios legales deben ser establecidos por las Cortes Generales, y no por el Parlamento autonómico.

El nuevo Estatuto trata de superar esa situación. En la Propuesta del mismo, la referencia era a “los principios, los objetivos o estándares mínimos que fije el Estado en las normas con rango de ley a que hace referencia el artículo 111, que, en todo caso, han de respetar los márgenes adecuados para que el Parlamento pueda incidir efectivamente en la distribución de estos recursos”.

Se trataba, por tanto, de garantizar un margen de maniobra suficiente para que la Generalitat pudiera realizar una política propia y de que las bases estatales habrían de aprobarse mediante una norma con rango legal, con exclusión de las normas reglamentarias. La mención al artículo 111 indicaba que se trataría de una competencia compartida.

La enmienda número 19 del Congreso de los Diputados señaló que no se puede aceptar lo que disponía el artículo 223.2 de la Propuesta, ya que la participación de las entidades locales en los ingresos del Estado debe ser la que se determine de acuerdo con la Ley estatal de haciendas Locales. La enmienda, no obstante, se mostraba abierta a una posible redacción alternativa en la Ponencia.

El texto del artículo 219.2 del Estatuto mantiene la regla de que el establecimiento de los criterios de distribución en ingresos estatales y subvenciones incondicionadas estatales a favor de los entes locales compete a la Generalitat en el marco de las bases que dicte el legislador estatal. Pero tal texto presenta importantes diferencias con la Propuesta:

1.^a) Se introduce una polémica y perturbada referencia a que la aprobación de la Ley de haciendas locales de Cataluña requerirá una mayoría de tres quintos. Nos referimos a ello posteriormente, al comentar el artículo 220 del Estatuto.

2.^a) Según el Estatuto, la Ley catalana habrá de respetar los criterios establecidos en la legislación del Estado en la materia. En la Propuesta la referencia era a los “principios, objetivos o estándares mínimos”. Ahora, es sólo a los “criterios”.

3.^a) El Estatuto menciona la “legislación” del Estado, mientras que la Propuesta hablaba de “normas con rango de ley”. Pagès Galtés entiende que se excluye la participación del reglamento estatal, lo que, desde mi punto de vista, no está tan claro, dada la doctrina constitucional sobre la colaboración del Reglamento como complemento de la norma de rango de ley.

4.^a) En el Estatuto desaparece la referencia al artículo 111 del mismo, pero ello no puede significar que se altere el carácter de competencia compartida que es cabalmente la que se produce cuando la Generalitat legisla en el marco de las bases establecido por el Estado.

5.^a) En la Propuesta, el respeto a los márgenes adecuados para que el Parlament pudiera incidir efectivamente en la distribución se refería a ambos recursos, esto es, participaciones en tributos del Estado y subvenciones incondicionadas estatales. Tal referencia desaparece en el Estatuto para tales participaciones y sólo para el caso de las subvenciones incondicionadas se dispone que los criterios “deberán permitir que el Parlamento pueda incidir en la distribución de los recursos con el fin de atender a la singularidad del sistema institucional de Cataluña a que se refiere el artículo 5 de este Estatuto”.

Por tanto, desaparece el carácter “efectivo” de la incidencia y ésta sólo lo es para atender a la singularidad del sistema institucional. Con ello, la polémica está servida, al propiciar interpretaciones según las cuales la atención a la singularidad del sistema institucional catalán sólo cabe respecto de las subvenciones y no respecto de las participaciones en tributos, lo cual carece de cualquier justificación.

6.2.2. Impugnación constitucional

6.2.2.1. Alegaciones del recurso

En el recurso de inconstitucionalidad número 8045/2006 se impugna este artículo 219.2 del Estatuto.

La impugnación es común a la del artículo 219.4. Ambos preceptos se estima que quiebran la autonomía municipal y contradicen la competencia exclusiva del Estado en materia de hacienda general y de bases del régimen jurídico de la Administración, pues para el recurso:

a) Se infringe el artículo 140 de la CE, que consagra la autonomía municipal: una tercera administración territorial a través de su Gobierno y Parlamento, dispone el destino de fondos que no le son propios y que van destinados a entidades que tiene una autonomía garantizada por la Constitución. De la jurisprudencia constitucional resulta que no es posible entender cómo se puede implementar una auténtica autonomía municipal y que sea una tercera entidad, que ni paga ni tiene derecho a recibir, la que percibe

los fondos y decide a través de su Parlamento la distribución de mismos. El que se diga que la distribución se hará “respetando los criterios establecidos por la legislación del Estado en la materia” es una manifestación más de la técnica legislativa criticada, en la que, con estas alusiones generales al marco jurídico aplicable, verdadera “cláusula de estilo” de todo el Estatuto, se pretende cumplir formalmente los requerimientos legales pero vaciando de hecho la competencia estatal que es ocupada por la comunidad autónoma.

b) Se infringen los artículos 149.1.14 y 149.1.18 de la CE en materia de hacienda general y bases del régimen jurídico de las administraciones públicas: la financiación legalmente prevista es consecuencia de un modelo financiero global fijado por una ley estatal que afecta a todos los municipios y provincias de España que ahora en virtud de un artículo del Estatuto de Cataluña puede ser alterado por una ley de haciendas locales catalana. El intento ahora a través de una ley de haciendas locales de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de alterar esta manifestación de la autonomía municipal para que sea otra administración territorial la que decida el reparto de fondos estatales, es una manifestación más, como tantas que se han puesto de relieve en este recurso, del intento sistemáticamente seguido de ocupar competencias de otras administraciones.

c) En cuanto a las subvenciones incondicionadas: se considera inconstitucional el artículo 5 del Estatuto, respecto de los supuestos derechos históricos en los que se fundamenta el autogobierno de Cataluña. En todo caso debe reiterarse que, de ningún modo, dicha regulación de los derechos históricos puede ser por sí misma título competencial suficiente para asumir la distribución de subvenciones destinadas a las corporaciones locales.

6.2.2.2. Alegaciones del Parlament de Cataluña

Según las alegaciones del Parlament de Cataluña al recurso, de acuerdo con el artículo 219.2, la distribución de los ingresos de los gobiernos locales consistentes en participaciones en tributos y en subvenciones incondicionadas estatales se realizará, en todo caso “respetando los criterios que fije la legislación del Estado en esta materia”:

a) El tenor literal de este artículo no permite entender ni que se vulnere la autonomía local ni las competencias del Estado. Los recurrentes tienen una concepción antiautonómica en materia de gobiernos locales: no admiten la tutela financiera de los mismos (por las comunidades autónomas) ni que las leyes del Parlament de Cataluña (que son leyes del mismo rango y con la misma fuerza que las leyes estatales) puedan regular ningún aspecto de la vida local, aun-

que el Tribunal Constitucional ha reconocido en distintos pronunciamientos la competencia de las comunidades autónomas sobre los entes locales.

b) En relación con el artículo 219.4, la jurisprudencia constitucional avala totalmente la constitucionalidad de dicho artículo, es decir, la previsión expresa de algunos de los criterios para la distribución de los recursos previstos en el artículo 219.2 y 3. Lo que establece el precepto deriva necesariamente de lo que dispone el artículo 142 de la CE, en el sentido de que las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el ejercicio de las funciones que la Ley atribuya a las corporaciones respectivas, y que se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las comunidades autónomas.

c) Si se tiene en cuenta que lo que debe nutrir las haciendas locales son los tributos propios y la participación en los del Estado y de las comunidades autónomas, y que en todo caso lo que debe garantizarse es la suficiencia, es lógico que para establecer los criterios de participación en los ingresos estatales o autonómicos se deba tener en cuenta la capacidad fiscal de cada corporación local.

6.2.2.3. Alegaciones del Abogado del Estado

El Abogado del Estado expone la doctrina constitucional sobre esta cuestión y señala que la mera literalidad del apartado impugnado resulta nuevamente suficiente para rebatir lo manifestado de contrario, desprendiéndose de la doctrina constitucional transcrita su plena conformidad con el orden constitucional de competencias:

a) La redacción del texto estatutario habla de una distribución de esos concretos ingresos de los gobiernos locales a efectuar por la Generalitat, pero “respetando los criterios establecidos por la legislación del Estado en la materia”, limitándose pues la comunidad autónoma a actuar “como canal o cauce de distribución de estos ingresos”.

b) La modificación que sufrió el artículo 111 influyó en el cambio de redacción del apartado 2 del artículo 219, que introduce una considerable ampliación de los criterios estatales que deben ser respetados en la distribución de los recursos por la Generalitat: cualesquiera de los “establecidos por la legislación del Estado en la materia”. Por ello, no resulta admisible tachar la actuación de la Generalitat prevista en el artículo 219.2 de irrespetuosa con la autonomía municipal por disponer, como dice la demanda, “el destino de fondos que no le son propios y que van destinados a entidades que tienen (sic) una autonomía garantizada por la Constitución”, no existe esa disposición plena por la Generalitat de los ingresos de los gobiernos locales, aquélla se limita a percibirlos y a

efectuar una distribución entre los entes locales de su territorio respetando los criterios de distribución fijados por el Estado en el ejercicio de una competencia que constitucionalmente le corresponde.

c) En todo caso, no basta para razonar la inconstitucionalidad de un precepto, limitarse a criticar la técnica legislativa empleada, tachando de verdadera “cláusula de estilo” o de mero cumplimiento formal las expresiones que en el mismo se incluyen y que persiguen, como ocurre en este supuesto, que la asunción de la concreta competencia estatutaria tenga lugar dentro del marco constitucional.

d) La demanda dirige también su impugnación contra el apartado 4 del artículo 219 –y así lo relaciona en el suplico de este recurso de inconstitucionalidad–, pero no aporta, sin embargo, argumento alguno para fundamentarla. El apartado de que se trata se limita a marcar dos pautas –la atención a la capacidad fiscal y a las necesidades de gasto de los gobiernos locales y la garantía de su suficiencia financiera– que la Generalitat deberá atender a la hora de distribuir los ingresos de los gobiernos locales, tanto los que consistan en subvenciones incondicionadas como en participaciones en tributos, ya estatales o ya autonómicos; la observancia de tales pautas no sólo se predica por la misma LOFCA (artículo 2.2), sino que además debe estimarse que forma parte de la tutela financiera que a la Comunidad Autónoma de Cataluña reconoce hoy el artículo 218.5 del Estatuto y que persigue repartir tales ingresos atendiendo a las peculiaridades específicas de los entes locales de su territorio.

e) Este apartado 4 impugnado contribuye sin duda a velar por el equilibrio territorial de la comunidad autónoma catalana y por la realización interna del principio de solidaridad, así como por el efectivo cumplimiento del principio de suficiencia de recursos de las haciendas locales. En todo caso, la plena conformidad de este artículo 219.4 del EAC de 2006 con el orden constitucional de competencias resulta de lo señalado por este Tribunal en el FJ 3.B) de la STC 331/1993 con ocasión de enjuiciar la constitucionalidad del Fondo de Cooperación Local creado por la comunidad autónoma catalana y que hoy recoge el artículo 219.1 del EAC de 2006.

f) En contra de lo que afirma la demanda, no todo el contenido del TRLHL tiene carácter básico. Ya quedó expuesta la delimitación de competencias estatales que la STC 233/1999 llevó a cabo al enjuiciar la constitucionalidad del artículo 1.1 de la LHL, en el que se invocaban los títulos competenciales a cuyo amparo se dictó la Ley, afirmando precisamente en cuanto a los preceptos aquí impugnados que se trataba de un supuesto en que ha de prevalecer la competencia estatal de “hacienda general” (artículo

149.1.14 de la CE), porque la regulación de los tributos propios y de las participaciones de las entidades locales en los tributos del Estado tiene por objeto la coordinación entre las haciendas estatal y local, y la efectiva salvaguarda de la suficiencia financiera de las haciendas locales, garantizada por el artículo 142 de la Constitución, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocida en los artículos 137, 140 y 141 de nuestra carta magna.

g) Nada puede objetarse al hecho de que el Parlamento catalán trate de atender a la singularidad del sistema institucional de Cataluña al llevar a cabo la distribución de los recursos tributarios, la pretensión que aquí se recoge y por la que se trata de conseguir que los criterios de distribución de los ingresos locales sean fijados por el Estado con cierto grado de flexibilidad en orden a permitir al Parlamento catalán esa incidencia en la distribución de tales recursos tiene mero carácter orientador.

h) Interesa finalmente destacar cómo la actual redacción de este último inciso limita a las subvenciones incondicionadas y a la atención a la singularidad del sistema institucional de Cataluña la pretensión de permisividad de los criterios de distribución estatales, frente a la amplia e ineludible exigencia de respeto que venía a imponer el artículo 223.2 del Proyecto de reforma aprobado por el Parlamento catalán, cuando expresaba que “en todo caso, deben respetar los márgenes adecuados para que el Parlamento pueda incidir efectivamente en la distribución de estos recursos”.

6.3. Financiación de los servicios traspasados

El artículo 219.3 del Estatuto (coincidente con el 223.4 de la Propuesta y no impugnado) atiende al problema de la asunción de nuevas competencias atribuidas por las leyes y el consiguiente aumento de gastos para atenderlas. A tal fin:

a) Se garantizan a los gobiernos locales los recursos suficientes para hacer frente a la prestación de los servicios cuya titularidad o gestión se les traspase o delegue.

b) Toda nueva atribución de competencias debe ir acompañada de la asignación de los recursos suplementarios necesarios para financiarlas correctamente, de modo que se tenga en cuenta la financiación del coste total y efectivo de los servicios traspasados.

c) El cumplimiento de este principio es una condición necesaria para que entre en vigor la transferencia o delegación de la competencia.

d) A tal efecto, pueden establecerse diversas formas de financiación, incluida la participación en los recursos de la hacienda de la Generalitat o, si procede, del Estado.

De esta forma, se subordina la entrada en vigor de la transferencia o delegación de cualquier competencia a su acompañamiento de la asignación de los recursos necesarios para su correcta financiación, que habrá de tener en cuenta el coste total y efectivo de los servicios que se traspasen. No se concretan las formas de financiación, que pueden ser diversas.

En el mismo sentido, el artículo 84.4 del Estatuto dispone, con carácter más general, que la Generalitat debe determinar y fijar los mecanismos para la financiación de los nuevos servicios derivados de la ampliación del espacio competencial de los gobiernos locales.

6.4. Distribución de subvenciones incondicionadas y de participaciones genéricas en impuestos

El artículo 219.4 del Estatuto (coincidente con el artículo 223.6 de la Propuesta y que ha sido impugnado ante el Tribunal Constitucional conjuntamente con el artículo 219.2, en los términos ya examinados) establece tres factores que han de tenerse en cuenta en la distribución de recursos procedentes de subvenciones incondicionadas o de participaciones genéricas en impuestos (ya sean estatales o autonómicos):

a) La capacidad fiscal de los gobiernos locales: se trata, pues, de ponderar el potencial de recaudación de los tributos locales propios. A este tema se refiere actualmente el artículo 124 del Texto refundido de la LHL, que menciona el “esfuerzo fiscal medio” y el “inverso de la capacidad tributaria” según la respectiva Ley de presupuestos, la cual incluye al efecto unas fórmulas de difícil inteligencia para los no iniciados.

b) Sus necesidades de gasto: serán los atinentes a las competencias y servicios que hayan de desarrollar los gobiernos locales.

c) Han de garantizar, en todo caso, su suficiencia: no cabe poner en peligro la viabilidad económica de cualquier gobierno local.

6.5. Exclusión de minoración

El artículo 219.5 del Estatuto (coincidente con el artículo 223.7 de la Propuesta y no impugnado) excluye cualquier minoración de ingresos respecto del ejercicio anterior a la entrada en vigor del Estatuto. Los artículos 120.2 y 124.2 del Texto refundido de la LHL contienen unas cláusulas de salvaguardia análogas en relación con los ingresos percibidos por el anterior sistema.

Habrà de estarse, pues, a los recursos obtenidos en 2005, pues, como señala el artículo 219.5 del Estatuto, la distribución de los recursos entre los gobiernos locales no puede comportar en ningún caso una minoración de los recursos obtenidos por cada uno de éstos, según los criterios utilizados en el ejercicio anterior a

la entrada en vigor de los preceptos del presente Estatuto.

6.6. Novedades de la Propuesta suprimidas

La Propuesta de Estatuto contenía, en los apartados 3 y 5 del artículo 223, referido a la suficiencia de recursos, dos novedades del siguiente tenor:

a) Las modificaciones del marco normativo que disminuyan los ingresos tributarios locales deben prever la compensación de esta disminución.

b) Deben establecerse los mecanismos financieros adecuados para compensar a los gobiernos locales por la financiación de gastos que las leyes no les atribuyen de forma específica y que responden a necesidades sociales consolidadas y no atendidas por otras administraciones. En cuanto a los gastos impropios correspondientes al Estado, estos mecanismos deben acordarse en el marco establecido por el artículo 214.2 (referido a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat).

La enmienda número 19 del Congreso de los Diputados propuso la eliminación de ambas novedades. Se entendió que, en materia de financiación local, debían eliminar las referencias a gastos de los gobiernos locales denominados “gastos impropios” (214.2 *in fine*), así como los que son enunciados como “gastos que responden a necesidades sociales consolidadas y no atendidas por otras administraciones” (223.5), por tratarse de conceptos que no existen en la normativa reguladora de las competencias de las entidades locales (Ley reguladora de bases del régimen local).

En esta línea, entendió la misma enmienda que no debe ser el Estatuto el que establezca la compensación de la disminución de ingresos tributarios en las entidades locales como consecuencia de modificaciones en su normativa tributaria, ya que éstas las realiza el Estado y no la comunidad autónoma; y por ello se propuso suprimir el apartado 3 del artículo 223.

Eliminadas tales referencias, habrá de seguir estando a lo previsto en el artículo 9.2 del Texto refundido de la LHL y sus limitaciones (compensación sólo respecto de beneficios fiscales y que la ley que los establezca no la excluya); y lo que, en su caso, se establezca respecto de necesidades sociales consolidadas y gastos impropios del Estado.

Por otra parte, también es de reseñar que el artículo 160 del Estatuto no menciona la competencia prevista en la Propuesta según la cual se incluía, dentro de la competencia exclusiva en materia de régimen local, “el procedimiento de elaboración y aprobación de las normas locales”, con la consiguiente posibilidad de que la Generalitat regulase el procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales.

7. Ley catalana de haciendas locales

7.1. Ley propia de haciendas locales

El artículo 220.1 del Estatuto obliga al Parlament de Catalunya a aprobar su propia Ley de haciendas locales. El objeto de tal Ley habrá de ser desarrollar los principios y disposiciones establecidos por el capítulo que regula las haciendas de los gobiernos locales.

El precepto es igual al correlativo de la Propuesta y no ha sido impugnado ante el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de las impugnaciones ya reseñadas de algunos de los preceptos de tal capítulo, que, obviamente, inciden en el contenido de esta Ley catalana de haciendas locales.

Por tanto, habrá de estarse al texto final de los artículos 218.2 y 219.2, que hemos analizado en sus lugares respectivos y a la decisión final del Tribunal Constitucional.

7.2. Mayoría parlamentaria cualificada

Al comentar el artículo 219.2, hemos mencionado el inciso introducido en la tramitación parlamentaria estatal según el cual la aprobación de la Ley de haciendas locales de Catalunya requerirá una mayoría de tres quintos (esto es, el sesenta por ciento).

Aunque, dada la errática ubicación sistemática de esta exigencia, pudiera sostenerse que la misma sólo es de aplicación a los preceptos que se ocupen de la materia regulada en tal artículo 219.1 (criterios de distribución de los ingresos locales consistentes en participaciones en tributos y en subvenciones incondicionadas), la literalidad del precepto conduce a sostener que todos los preceptos de la Ley de haciendas locales de Catalunya requieren para su aprobación y modificación esta mayoría cualificada.

Para Pagès Galtés, resultaría estrambótico que un mismo cuerpo normativo, como es la Ley de haciendas locales de Catalunya, reclame para su aprobación distintas mayorías en atención a la materia de que se ocupasen sus distintos preceptos. Debe señalarse, no obstante, que es pacífico que los preceptos no orgánicos contenidos en leyes orgánicas pueden modificarse por leyes ordinarias, sin mayoría cualificada, por lo que no resultaría disparatado leer el artículo 219.2 en el sentido de que la aprobación requerirá en este aspecto (el que regula tal precepto) una mayoría de tres quintos.

Ya se refiera esta mayoría cualificada sólo a los aspectos regulados en el artículo 219.2 o ya a todos los preceptos de la Ley de haciendas locales prevista en el artículo 220.1, su exigencia resulta incoherente con el resto del Estatuto, aparte de ser criticable, pues para la aprobación de las bases sobre las

haciendas locales dictadas por el Estado, será suficiente una mayoría simple, y para el desarrollo de estas bases por el Parlamento catalán se requerirá, no ya una mayoría absoluta, sino una mayoría de tres quintos.

En efecto, a salvo lo previsto para la Ley electoral (artículo 35.2) y para la iniciativa de reforma estatutaria [artículos 222.1.c) y 223.1.b)], en las que el Estatuto establece una mayoría de dos terceras partes de los diputados del Parlament (el 66,66%), a continuación habría que colocar a la Ley de haciendas locales, con la citada mayoría cualificada de tres quintos (el sesenta por ciento), por encima de las leyes de desarrollo básico del Estatuto que, según el artículo 62.2, requieren el voto favorable de la mayoría absoluta del Pleno del Parlament en una votación final sobre el conjunto del texto.

Con todo, con la mayoría cualificada que se requiere para su aprobación, la Ley de haciendas locales de Cataluña queda resaltada en cuanto a su importancia, obligando a un consenso parlamentario reforzado.

7.3. Respeto a la autonomía local y audiencia del Consejo de Gobiernos Locales

El artículo 220.2 del Estatuto (no modificado respecto de la Propuesta ni impugnado) comienza reiterando una vez más que las facultades en materia de haciendas locales que el Estatuto atribuye a la Generalitat deben ejercerse con respeto a la autonomía local. Es una reiteración redundante con otros preceptos, que parece querer desmentir cualquier suposición de que el Estatuto no lo hace.

Además, el precepto obliga a la previa audiencia del Consejo de Gobiernos Locales establecido en el artículo 85, fórmula jurídica que sustituye a la inicial (Propuesta conjunta de los grupos parlamentarios catalanes, de 8 de julio de 2005) previsión de “búsqueda del consenso de los gobiernos locales”, carente de entidad jurídica.

De acuerdo con dicho artículo 85, el Consejo de Gobiernos Locales es el órgano de representación de municipios y veguerías en las instituciones de la Generalitat. Y debe ser oído en la tramitación de las iniciativas legislativas que afecten de forma específica a las administraciones locales, así como en la tramitación de planes y normas reglamentarias de carácter idéntico. Va mucho más allá que la anterior Comisión de Gobierno Local, regulada en los artículos 192 y siguientes del Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, que no es un “órgano de representación”, sino, simplemente, un “órgano permanente de colaboración entre la Administración de la Generalitat y las administraciones locales”.

Como la Ley de haciendas locales afecta obviamente a la administración local (aquí, el texto estatutario es incoherente en su terminología), la audiencia contemplada en el artículo 220.2 es una previsión redundante. El informe a emitir por este Consejo es preceptivo y previo, pero no vinculante.

En todo caso, habrá de ser una ley del Parlamento la que regule la composición, la organización y las funciones del Consejo de Gobiernos Locales, según el inciso final del mismo artículo 85 del Estatuto.

Según destaca Jiménez Asensio, este Consejo plantea muchas incógnitas, tanto por lo que se refiere a su composición como a sus atribuciones: en lo que afecta a su composición, no se entiende por qué se sitúan en posición de paridad a los municipios y veguerías; y en lo relativo a sus funciones, este Consejo “debe ser oído”, lo cual es una intervención muy tibia para salvaguardar la autonomía local. Se instaura una participación débil o blanda de (algunos de) los gobiernos locales en la toma de decisiones a nivel autonómico.

El mismo autor señala que las funciones de este Consejo no deben ni pueden interferir la posición singular que tiene el Ayuntamiento de Barcelona reconocida en el artículo 89 del Estatuto, tanto por lo que corresponde a la iniciativa de propuesta de ese régimen especial como en las iniciativas parlamentarias que puedan afectarle y que dota al municipio de Barcelona de un sistema de relaciones bilateral con la Generalitat en lo que afecta a su propio régimen especial.

En todo caso, con la audiencia del Consejo de Gobiernos Locales previsto en el artículo 220.2 del Estatuto se da una respuesta concreta a un problema no resuelto en la normativa estatal, el de la intervención de las representaciones locales en la elaboración de las leyes que les afectan, y que no viene formalizada en ley alguna y responde más bien a una tradición en la regulación de las haciendas locales. Sierra Tomás dedica una veintena de páginas de su monografía a relatar en detalle lo que llama “proceso negociador” de la mismísima LHL, mencionando incluso las limitaciones que los pactos alcanzados con la Federación de Municipios y Provincias suponían en la práctica a la soberanía parlamentaria. En 1999, tuve ocasión de analizar los problemas que se advirtieron en la tramitación parlamentaria de la modificación de la LHL por la Ley 50/1998 sobre la existencia o no de pactos con tal Federación.

8. El Catastro

El precepto que cierra el capítulo del Estatuto sobre las haciendas locales, el artículo 221, hace referencia

al Catastro. El precepto fue sustancialmente modificado respecto de la Propuesta y no ha sido impugnado.

La Propuesta señalaba que corresponde a la Generalitat, en su ámbito territorial, la competencia de ordenación y gestión del Catastro, sin perjuicio de la función coordinadora del Estado en los términos que establece la Constitución. Para gestionarlo, la Generalitat puede suscribir convenios con los gobiernos locales.

Con ello se pretendía superar la doctrina contenida en la STC 233/1999, según la cual, al tratarse el Catastro de una institución común e indispensable para la gestión de algunos de los impuestos estatales más relevantes, su organización es una competencia que ha de incardinarse en la hacienda general del artículo 149.1.14 de la Constitución, correspondiendo, por tanto, de manera exclusiva al Estado.

En la enmienda número 19 del Congreso de los Diputados, se propuso modificar la redacción de la Propuesta para que, en la gestión del Catastro, se puedan establecer “cauces de colaboración”.

En suma, en el artículo 221 del Estatuto, han desaparecido las facultades de gestión y de ordenación del Catastro que se pretendía fueran reconocidas a la Generalitat. El texto se limita a mencionar el establecimiento de cauces de colaboración y formas de gestión consorciada, de forma que se especifican para Cataluña las previsiones del artículo 4 del Texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, si bien en el Estatuto tales previsiones no son simples posibilidades, sino imposiciones estatutarias. En consecuencia, como dispone dicho artículo 221 del Estatuto:

a) La Administración General del Estado y la Generalitat establecerán los cauces de colaboración necesarios para asegurar la participación de la Generalitat en las decisiones y el intercambio de información que sean precisos para el ejercicio de sus competencias.

b) Asimismo, se establecerán formas de gestión consorciada del Catastro entre el Estado, la Generalitat y los municipios, de acuerdo con lo que disponga la normativa del Estado y de manera tal que se garantice la plena disponibilidad de las bases de datos para todas las administraciones y la unidad de la información.

Por su parte, el artículo 210.2.h) del Estatuto establece que corresponde, entre sus funciones, a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat, “acordar los mecanismos de colaboración entre la Generalitat y la Administración General del Estado para el ejercicio de las funciones en materia catastral a que se refiere el artículo 221”.

9. Final

El futuro de la regulación de las haciendas locales en Cataluña debe acomodarse a las previsiones del nuevo Estatuto, que, en síntesis, establece la aprobación por el Parlament de la Ley de haciendas locales de Cataluña (artículo 220.1) en el marco de la Constitución y la normativa estatal (artículos 218.2 y 219.2).

Las consideraciones efectuadas al principio obligan a concluir que si prevalece el servicio al interés general de los poderes públicos y el principio de la lealtad institucional mutua, esa normativa estatal debe contraerse a las bases de las haciendas locales, esto es, a ser un “marco” que permita un margen significativo de actuación al legislador autonómico en la materia.

El Estatuto, precisamente, pretende que se corrija la anterior interpretación del Tribunal Constitucional que entendió ajustada a la Constitución la legislación estatal que privó a la Generalitat, en la práctica, de competencias relevantes en materia de haciendas locales. Estos pronunciamientos constitucionales no suponen que cualquier otra interpretación sea inconstitucional y, sobre todo, no impiden que el nuevo Estatuto obligue a otra interpretación constitucional derivada de la indudable consideración como “competencias compartidas” de todas las relativas a haciendas locales, correspondiendo al Estado, única y exclusivamente, el establecimiento de tal “marco” y la fijación de tales “bases”.

Más que nunca serán necesarias la consideración del servicio al interés general y de la lealtad institucional.

Bibliografía consultada

ALONSO MAS, M^a. J.: “Comentario al preámbulo”, en *Comentarios a la Ley de haciendas locales*, M. J. Domingo Zabalza (coord.), Thomson-Civitas, 2005, p. 65-93.

ARAGONÉS BELTRÁN, E.: *Anuario de hacienda local 1998*, Marcial Pons, 1998, 2 vol., 2227 p.

ARAGONÉS BELTRÁN, E.: *Novedades de hacienda local 1999*, Marcial Pons, 1999, 456 p.

ARAGONÉS BELTRÁN, E.: “Incidencia del artículo 9.1 de la Ley 5/1987, del régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales, y otras disposiciones concordantes”, en *La autonomía de los entes locales en positivo. La Carta Europea de la Autonomía Local como fundamento de la suficiencia financiera*, F. Caamaño Domínguez (coord.), Fundación Democracia y Gobierno Local, 2003, p. 93-133.

ARAGONÉS BELTRÁN, E.: “Problemas destacados del IAE”, en *Las haciendas locales: situación actual y líneas de reforma*, M. Medina Guerrero y A. Arroyo Gil

(coord.), Fundación Democracia y Gobierno Local, 2005, p. 155-240.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A.; BALLESTEROS ARRIBAS, S.: "Comentario al artículo 1", en *Comentarios a la Ley de haciendas locales*, M. J. Domingo Zabalza (coord.), Thomson-Civitas, 2005, p. 95-102.

DOMINGO SOLANS, E.: "Estudio introductorio", en *Comisión Layfield: La reforma de las haciendas locales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, p. 9-45.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.: "El gobierno local en el Estatuto de autonomía de Cataluña: Primeras reflexiones", ponencia en el Seminari de Dret Local, Barcelona, 20 de octubre de 2006.

MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: "La incidencia del nuevo modelo de financiación autonómica en las haciendas locales de Cataluña: Autonomía local y reserva de ley", *Revista Catalana de Dret Públic*, 32, 2006, p. 151-180.

MARTÍN QUERALT, J.: "La participación en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas", en *Tratado de Derecho municipal*, segunda edición, 2003, tomo II, p. 2517-2554.

PAGÈS I GALTÉS, J.: "Las haciendas locales en el nuevo Estatuto de Catalunya", *Tributos Locales*, 63, junio de 2006, p. 11-41.

RAMALLO; ZORZONA: "Autonomía y suficiencia en la financiación de las haciendas locales", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 259, 1993, p. 511.

RUBIO DE URQUÍA, J. I.: "La 'reforma': El Gobierno invita, pagan los ayuntamientos", editorial de *Tributos Locales*, 23, noviembre de 2002, p. 7-9.

SIERRA TOMÁS, M.: *La aplicación de la Ley de haciendas locales de 1988. Aspectos jurídicos y económicos*, Marcial Pons, 1998, p. 81-98.

Tributos Locales (redacción): "Comentario a la Propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña", *Tributos Locales*, 56, noviembre de 2005, p. 80.

VELASCO CABALLERO, F.: "Organización territorial y régimen local en la reforma del Estatuto de Cataluña: Límites constitucionales", en AA.VV., *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2004, p. 283-350.

<p>Anexo</p> <p>Propuesta del Parlament / Redacción final</p> <p>Capítulo III</p> <p>Las haciendas de los gobiernos locales</p> <p>Artículo 221. Principios rectores Las haciendas locales se rigen por los principios de suficiencia de recursos, equidad, autonomía y responsabilidad fiscal. La Generalidad vela por el cumplimiento de estos principios.</p> <p>Artículo 222. Autonomía y competencias financieras 1. Los gobiernos locales tienen autonomía presupuestaria y de gasto en la aplicación de sus recursos, incluidas las participaciones que perciban a cargo de los presupuestos de otras administraciones públicas, de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias. 2. La Generalidad tiene competencia, en el marco establecido por la Constitución, en materia de financiación local. Esta competencia <i>incluye, en todo caso</i>, la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales y los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalidad.</p>	<p>Capítulo III</p> <p>Las haciendas de los gobiernos locales</p> <p>Artículo 217. Principios rectores [Igual]</p> <p>Artículo 218. Autonomía y competencias financieras 1. [Igual]</p> <p>2. La Generalitat tiene competencia, en el marco establecido por la Constitución y <i>la normativa del Estado</i>, en materia de financiación local. Esta competencia <i>puede incluir</i> la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e <i>incluye la capacidad para fijar</i> los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat.</p>
---	---

<p>3. Los gobiernos locales tienen capacidad para regular sus propias finanzas en el marco de las leyes. Esta capacidad incluye la potestad de fijar la cuota o el tipo de los tributos locales, así como las bonificaciones y exenciones, dentro de los límites establecidos por las leyes.</p> <p>4. Corresponde a los gobiernos locales, en el marco establecido por la normativa reguladora del sistema tributario local, la competencia para gestionar, recaudar e inspeccionar sus tributos, sin perjuicio de que puedan delegarla a la Generalidad y de que puedan participar en la Agencia Tributaria de Cataluña.</p> <p>5. Corresponde a la Generalidad el ejercicio <i>exclusivo</i> de la tutela financiera sobre los gobiernos locales, respetando la autonomía que les reconoce la Constitución.</p> <p>Artículo 223. Suficiencia de recursos</p> <p>1. La Generalidad debe establecer un fondo de cooperación local destinado a los gobiernos locales. El fondo, de carácter incondicionado, debe dotarse a partir de todos los ingresos tributarios de la Generalidad y debe regularse por medio de una ley del Parlamento.</p> <p>Adicionalmente, la Generalidad puede establecer programas de colaboración financiera específica para materias concretas.</p> <p>2. Los ingresos de los gobiernos locales consistentes en participaciones en tributos y en subvenciones incondicionadas estatales son percibidos por medio de la Generalidad, que los debe distribuir de acuerdo con lo dispuesto por la ley de haciendas locales de Cataluña y <i>con los principios, objetivos o estándares mínimos que fije el Estado en las normas con rango de ley a las que se refiere el artículo 111, que, en todo caso, deben respetar los márgenes adecuados para que el Parlamento pueda incidir efectivamente en la distribución de estos recursos.</i></p> <p>3. <i>Las modificaciones del marco normativo que disminuyan los ingresos tributarios locales deben prever la compensación de esta disminución.</i></p> <p>4. Se garantizan a los gobiernos locales los recursos suficientes para hacer frente a la prestación de los servicios cuya titularidad o gestión se les traspa-se. Toda nueva atribución de competencias debe ir acompañada de la asignación de los recursos suplementarios necesarios para financiarlas correctamente, de modo que se tenga en cuenta la financiación del coste total y efectivo de los servicios traspasados. El cumplimiento de este principio es una condición necesaria para que entre en vigor la transferencia o delegación de la competencia. A tal efecto, pueden establecerse diversas formas de financiación, incluida la participación en los recursos de la hacienda de la Generalidad o, si procede, del Estado.</p>	<p>3. [Igual]</p> <p>4. [Igual]</p> <p>5. Corresponde a la Generalitat el ejercicio de la tutela financiera sobre los gobiernos locales, respetando la autonomía que les reconoce la Constitución.</p> <p>Artículo 219. Suficiencia de recursos</p> <p>1. [Igual]</p> <p>2. Los ingresos de los gobiernos locales consistentes en participaciones en tributos y en subvenciones incondicionadas estatales son percibidos por medio de la Generalitat, que los debe distribuir de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de haciendas locales de Cataluña, <i>cuya aprobación requerirá una mayoría de tres quintos, y respetando los criterios establecidos por la legislación del Estado en la materia. En el caso de las subvenciones incondicionadas, estos criterios deberán permitir que el Parlamento pueda incidir en la distribución de los recursos con el fin de atender a la singularidad del sistema institucional de Cataluña a que se refiere el artículo 5 de este Estatuto.</i></p> <p>[Suprimido]</p> <p>3. [Igual al 4 de la Propuesta]</p>
---	--

<p>5. <i>Deben establecerse los mecanismos financieros adecuados para compensar a los gobiernos locales por la financiación de gastos que las leyes no les atribuyen de forma específica y que responden a necesidades sociales consolidadas y no atendidas por otras administraciones. En cuanto a los gastos impropios correspondientes al Estado, estos mecanismos deben acordarse en el marco establecido por el artículo 214.2.</i></p> <p>6. La distribución de recursos procedentes de subvenciones incondicionadas o de participaciones genéricas en impuestos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la capacidad fiscal y las necesidades de gasto de los gobiernos locales y garantizando en todo caso su suficiencia.</p> <p>7. La distribución de los recursos entre los gobiernos locales no puede comportar en ningún caso una minoración de los recursos obtenidos por cada uno de estos, según los criterios utilizados en el ejercicio anterior a la entrada en vigor de los preceptos del presente Estatuto.</p> <p>Artículo 224. Ley de haciendas locales</p> <p>1. El Parlamento debe aprobar su propia ley de haciendas locales para desarrollar los principios y disposiciones establecidos por el presente capítulo.</p> <p>2. Las facultades en materia de haciendas locales que el presente capítulo atribuye a la Generalidad deben ejercerse con respeto a la autonomía local y oído el Consejo de Gobiernos Locales, establecido por el artículo 85.</p> <p>Artículo 225. El Catastro</p> <p><i>Corresponde a la Generalidad, en su ámbito territorial, la competencia de ordenación y gestión del Catastro, sin perjuicio de la función coordinadora del Estado en los términos establecidos por la Constitución. Para su gestión, la Generalidad puede suscribir convenios con los gobiernos locales.</i></p>	<p>[Suprimido]</p> <p>4. [Igual al 6 de la Propuesta]</p> <p>5. [Igual al 7 de la Propuesta]</p> <p>Artículo 220. Ley de haciendas locales</p> <p>1. [Igual]</p> <p>2. [Igual]</p> <p>Artículo 221. El Catastro</p> <p><i>La Administración General del Estado y la Generalitat establecerán los cauces de colaboración necesarios para asegurar la participación de la Generalitat en las decisiones y el intercambio de información que sean precisos para el ejercicio de sus competencias.</i></p> <p><i>Asimismo, se establecerán formas de gestión consorciada del Catastro entre el Estado, la Generalitat y los municipios, de acuerdo con lo que disponga la normativa del Estado y de manera tal que se garantice la plena disponibilidad de las bases de datos para todas las administraciones y la unidad de la información.</i></p>
---	--

Medio ambiente y planeamiento urbanístico

Dimitry Berberoff Ayuda
*Magistrado especialista de la Sala
de lo Contencioso-Administrativo
del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

1. La protección del medio ambiente: su proyección sobre el urbanismo.
2. Mecanismos preventivos medioambientales.
 - 2.1. La cláusula de participación ciudadana.
 - 2.2. Cláusula de cierre del sistema: la responsabilidad por daños medioambientales.
3. La clasificación de suelo no urbanizable como instrumento de protección medioambiental.
4. De la evaluación de impacto ambiental a la evaluación ambiental estratégica.
 - 4.1. El marco normativo.
 - 4.2. Las deficiencias y las soluciones.
 - 4.3. Las propuestas de la jurisprudencia nacional.
5. ¿Desde qué momento resulta exigible una evaluación ambiental estratégica de acuerdo con la Directiva 2001/42 con relación a los planes que deben someterse a ella?: la hermenéutica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
 - 5.1. El efecto directo de las directivas.
 - 5.2. El principio de interpretación conforme.
6. La Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.
 - 6.1. Ámbito de aplicación.
 - 6.2. Órganos competentes para la evaluación ambiental estratégica.
 - 6.3. Procedimiento.
 - 6.4. Cuestiones que merecen ser destacadas con relación a la regulación de la evaluación ambiental estratégica.
 - 6.4.1. La figura del órgano promotor.
 - 6.4.2. Concurrencia y jerarquía de planes o programas.
7. Evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento en la normativa urbanística de Cataluña y en el Proyecto estatal de la ley del suelo: perspectivas de futuro.
8. Evaluación de impacto ambiental como acto de trámite: doctrina del Tribunal Supremo.

1. La protección del medio ambiente: su proyección sobre el urbanismo

Ningún esfuerzo ha de invertirse para vislumbrar que en ocasiones el medio ambiente y el urbanismo operan como vectores contrapuestos, toda vez que manejando, por ejemplo, uno de los índices a tener en consideración, como es el de la creciente demanda de vivienda en cualquier territorio, descubrimos que para dar oportuna satisfacción al mismo han de ponerse en funcionamiento los mecanismos regulados por el Derecho Urbanístico, lo que implica en consecuencia una abundante normativa que discipline no solamente los tres aspectos que podríamos denominar clásicos en el ámbito urbanístico, como son planeamiento, gestión y disciplina, sino cualesquiera otros campos aledaños.

En efecto, en una tendencia que podemos denominar globalizadora, además de la necesaria preocupación por la sostenibilidad ambiental y en definitiva por el engarce de la regulación del suelo (de lo que es ciudad y de lo que no lo es) con los más modernos principios de protección medioambiental, aspectos tales como el paisaje o la movilidad cobran una importancia extraordinaria, que legitiman y justifican la preocupación del legislador, materializada como ocurre en Cataluña, por lo que se refiere al paisaje, con la Ley 8/2005, de protección, gestión y ordenación del paisaje, o en lo atinente a la movilidad, con la Ley 9/2003, de 13 de junio.

No obstante, la debida articulación de estas directrices con el hecho de construir y generar ciudad, exige de forma evidente actuar mecanismos preventivos que operen *ex ante*, tal como acontece con los mecanismos de evaluación de impacto ambiental, o evaluación ambiental estratégica, o como se pone de manifiesto en Cataluña con los recientes decretos 343/2006, de 19 de septiembre, por el que se desarrolla la Ley 8/2005, de 8 de junio, de protección, gestión y ordenación del paisaje y se regulan los estudios e informes de impacto e integración paisajística, y con el 344/2006, de 19 de septiembre, de regulación de los estudios de evaluación de la movilidad generada.

En este escenario de constante integración, mantener una idea de mera contraposición entre medio ambiente y urbanismo, no solamente constituiría una simpleza, sino una tremenda irresponsabilidad.

Así parece advertirlo la doctrina (Pablo Velasco Cardenal, "Análisis ambiental del suelo no urbanizable", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 10, Aranzadi, 2006), al afirmar que aunque sea posible considerar en términos de mero planteamiento que el urbanismo constituye una amenaza para el medio ambiente o viceversa, resulta conveniente mutar el

análisis de la cuestión, a los efectos de indagar no en términos de simple contradicción, sino con el fin de descubrir si realmente es posible conciliar el medio ambiente y el urbanismo en un concepto integrador que materialice la sostenibilidad del uso del suelo como elemento sustancial del territorio.

Obviamente, las más modernas regulaciones parecen seguir esta senda, y en este sentido, a efectos meramente expositivos, merece destacarse la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña, en la que el reconocimiento del medio ambiente y del urbanismo ocupa un lugar destacado, frente a la parquedad que en este aspecto caracterizaba al anterior Estatuto de autonomía de 1979.

Así, el artículo 46 se refiere precisamente al medio ambiente, desarrollo sostenible y equilibrio territorial:

"1. Los poderes públicos deben velar por la protección del medio ambiente mediante la adopción de políticas públicas basadas en el desarrollo sostenible y la solidaridad colectiva e intergeneracional.

"2. Las políticas medioambientales deben dirigirse especialmente a la reducción de las distintas formas de contaminación, la fijación de estándares y de niveles mínimos de protección, la articulación de medidas correctivas del impacto ambiental, la utilización racional de los recursos naturales, la prevención y el control de la erosión y de las actividades que alteran el régimen atmosférico y climático, y el respeto a los principios de preservación del medio, la conservación de los recursos naturales, la responsabilidad, la fiscalidad ecológica y el reciclaje y la reutilización de los bienes y los productos.

"3. Los poderes públicos deben hacer efectivas las condiciones para la preservación de la naturaleza y la biodiversidad, deben promover la integración de objetivos ambientales en las políticas sectoriales y deben establecer las condiciones que permitan a todas las personas el goce del patrimonio natural y paisajístico.

"4. Los poderes públicos deben velar por la cohesión económica y territorial aplicando políticas que aseguren un tratamiento especial de las zonas de montaña, la protección del paisaje, la defensa del litoral, el fomento de las actividades agrarias, ganaderas y silvícolas y una distribución equilibrada al territorio de los distintos sectores productivos, los servicios de interés general y las redes de comunicación.

"5. Los poderes públicos deben facilitar a los ciudadanos la información medioambiental y deben fomentar la educación en los valores de la preservación y de la mejora del medio ambiente como patrimonio común."

2. Mecanismos preventivos medioambientales

Con la reciente incorporación al ordenamiento jurídico de la Ley 9/2006, de 28 de abril, y de la Ley 27/2006, de 18 de julio, de forma sintética podemos mantener la coexistencia de tres círculos o estadios, que con relación a distintos objetos proyectan una eficacia tuitiva medioambiental, siempre *ex ante*, disciplinados por diferente normativa, que acomete la necesaria transposición de la regulación comunitaria sobre esta materia:

–En un ámbito que podríamos denominar superior, la Ley 9/2006, de 28 de abril, dispensa la regulación básica sobre la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente: la política preventiva se hace de esta manera patente con relación a los instrumentos de planeamiento urbanístico.

–En el estadio intermedio, el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, sobre evaluación de impacto ambiental, se refiere básicamente a proyectos, como serían por ejemplo los de urbanización, entendidos como proyectos de obras, que de conformidad con el artículo 70.3 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, no pueden modificar las determinaciones del planeamiento que ejecutan.

–Finalmente, en el último de los escalones, se materializaría la intervención de policía administrativa basada en la autorización (entendida en sentido genérico, no estrictamente jurídico) de determinadas y concretas actividades que pueden tener incidencia en el ámbito medioambiental, a lo que responden tanto la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, como la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental.

Los tres ámbitos anteriormente referidos, en modo alguno pueden considerarse compartimentos estancos, en la medida que los mecanismos preventivos que en cada uno de ellos se integran, resultan absolutamente compatibles entre sí, no obstante operar en ámbitos diferentes, o si se prefiere, sobre objetos distintos.

La Ley 9/2006, despejando cualquier duda que pudiese existir, se encarga de apuntar la compatibilidad entre EIA y EAE, aclarando en su disposición adicional tercera, referida precisamente a la relación con la evaluación de impacto ambiental de proyectos, que “la evaluación ambiental realizada conforme a esta Ley no excluirá la aplicación de la legislación sobre evaluación del impacto ambiental de proyectos”. (En el mismo sentido, el artículo 15.1 del Proyecto de ley del suelo de 2006.)

Es decir, el mero proyecto (que ya no es plan o programa) se someterá a EIA, no obstante lo cual la misma deberá tener en cuenta la evaluación ambiental estratégica que se haya hecho del plan o programa del que dicho proyecto se derive.

Por otro lado, quizás puedan suscitarse dudas, como de hecho así ha ocurrido, en torno a la compatibilidad entre la EIA y los mecanismos autorizatorios de intervención integral, pese a que, sin ir más lejos, la Ley 3/1998 contenga amplias referencias en su articulado a la necesidad de la evaluación de impacto ambiental, apuntando ya en su preámbulo que “otro objetivo de la Ley es alcanzar la máxima simplificación administrativa y la descentralización de la gestión ambiental, con la integración de las autorizaciones y los sistemas de control medioambientales, la implantación de las oficinas de gestión ambiental unificada, la reducción y agilización de trámites y la integración de otros procedimientos sectoriales, entre los cuales se incluye el procedimiento de evaluación de impacto ambiental cuando proceda”.

Buen ejemplo de ello lo constituye la sentencia 906/2006, de 2 de noviembre, dictada en apelación por la Sección Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en cuyo seno se plantean cuestiones tan importantes como la regularización de la actividad desarrollada, que operaba sin ningún tipo de autorización administrativa (ni siquiera por las reguladas en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas), regularización pretendida por una empresa hidroeléctrica al amparo de las disposiciones transitorias de la Ley 3/1998, o la relativa a la adquisición de licencia ambiental por silencio positivo.

Frente al acto de la Administración que denegó la emisión de certificación de acto presunto, a los efectos de entender adquirida por silencio positivo la licencia ambiental, se dedujo por la empresa un recurso contencioso-administrativo desestimado en la instancia y parcialmente estimado por el tribunal de apelación.

Y precisamente una de las razones de la referida estimación parcial fue la de eliminar ambigüedades, ante lo abstracto de la calificación de la actividad en la correspondiente solicitud de regularización formulada por la empresa, frente a la cual la sala estimó preciso que la Administración dirigiese a aquélla el oportuno requerimiento de subsanación, sobre la base del artículo 71 de la Ley 30/1992, para determinar y precisar categóricamente con relación a qué conjunto o complejo hidroeléctrico o central hidroeléctrica se solicitaba la autorización, estimando la sala que la mera mención de *actividad hidroeléctrica* adolecía de una falta de concreción que impedía precisamente poner en marcha los mecanismos autorizatorios.

De otra parte, la sentencia aborda la relación del régimen de intervención integral ambiental con la declaración de impacto ambiental, afirmando que la adquisición de licencia ambiental por silencio positivo resulta improcedente en la medida que no se ha podido valorar por el órgano autonómico ambiental competente, la posibilidad de someter la actividad a declaración de impacto ambiental, constatando en consecuencia la necesaria compatibilidad entre ambos mecanismos preventivos de protección medioambiental.

A los efectos de completar la exposición, de lo que podemos denominar *novedades legislativas en materia medioambiental*, haremos referencia a continuación a dos aspectos que, si bien no se caracterizan porque operan *ex ante*, su relación con la potencialidad de daños que el urbanismo puede generar se encuentra fuera de toda duda.

2.1. La cláusula de participación ciudadana

Siguiendo los modernos dictados de la democracia ambiental, y como consecuencia directa de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, y de la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, directivas que a su vez materializan los compromisos de la Comunidad Europea derivados del Convenio de Aarhus (Convenio de 25 de junio de 1998 de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente), debemos destacar la reciente Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula los derechos de acceso a información ambiental, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, conocida como Ley Aarhus, ley que parece adoptar ciertamente una posición restrictiva, como ocurre por ejemplo con la regulación de la denominada *acción popular* en materia medioambiental.

2.2. Cláusula de cierre del sistema: la responsabilidad por daños medioambientales

En este punto, nos referiremos al Proyecto de ley de responsabilidad medioambiental, que tiene por objeto la transposición de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños, disposición comunitaria de mínimos, en la medida "que no debe constituir obstáculo para que los estados miembros mantengan o adopten disposiciones más rigurosas en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales".

Son muchas las voces que han venido criticando la obsolescencia operativa del principio de "quien contamina paga", a los efectos de asegurar, ante perjuicios reales al medio ambiente, que el responsable de la actividad que los haya generado devuelva los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando y financiando en definitiva el total de los costes necesarios para ello, postularon en consecuencia que el principio referido alcance al *quien contamina* repara.

Ahora bien, la Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica, ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños, de forma tal que no cabe afirmar que los particulares tengan derecho a indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos: en definitiva, el objeto de reparación será el medio ambiente en sí mismo considerado.

Debe darse cuenta asimismo que la obligación de reparar los daños y la consiguiente responsabilidad que los mismos comporten debe ser asumida incluso cuando *los operadores* actúen de modo respetuoso con la normativa medioambiental e incluso ante un escenario de ausencia de infracción administrativa.

No obstante, existen matizaciones derivadas de la propia Directiva plasmadas evidentemente en el Proyecto de ley, basamentadas en la aplicación del principio de confianza legítima recogido en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, del PAC, que podrán obtener relevancia si hubiese existido una orden previa impuesta por la Administración a la empresa encargada de evitar la producción de un daño medioambiental, cuando la misma se configura como determinante en la producción del daño causante, siempre y cuando el administrado, actuando de buena fe, ha asumido y llevado a cabo el cumplimiento de la citada orden.

En estos casos, aparecerá en consecuencia la inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes imputables a las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños, siempre que acredite que no ha incurrido en culpa o en negligencia (artículo 14 del Proyecto).

Interesa destacar la operatividad del denominado *principio de precaución*, en la medida que la propia Directiva expresa la inexigibilidad de la reparación ante una emisión o actividad, o cualquier forma de utilización de un producto en ejercicio de una actividad, respecto de las cuales el operador demuestre que no se habían considerado potencialmente perjudiciales para el medio ambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad.

En este sentido, el Proyecto de ley parece matizar lo anterior de la siguiente forma: “Que el daño medioambiental haya sido causado por una emisión o actividad o cualquier forma de utilización de un producto en ejercicio de una actividad, respecto de las cuales el operador demuestre que no se habían considerado potencialmente perjudiciales para el medio ambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad. Esta circunstancia no será de aplicación cuando hubiera indicios sobre la peligrosidad de la actividad, aunque no una certidumbre científica completa, de acuerdo con el principio de precaución.”

Por lo tanto, en el Proyecto de ley se vislumbra la operatividad del denominado *principio de precaución* a los efectos de reparación medioambientales ante el escenario de la no-concurrencia de una certidumbre científica completa.

3. La clasificación de suelo no urbanizable como instrumento de protección medioambiental

José Antonio Montero Fernández (“Medio ambiente y urbanismo. Medio ambiente urbano”, *Estudios de Derecho Judicial*, 82, CGPJ, 2005) recuerda que la legislación medioambiental en relación con el urbanismo se caracteriza por limitar la ampliación del suelo susceptible de ser sometido el proceso urbanizador, mediante la delimitación de zonas a las que se excluye de la acción urbanística.

Surge así la noción de *suelo no urbanizable* en un contexto operativo, que en ocasiones resulta ajeno a la verdadera naturaleza del objeto sobre el cual dicha clasificación recae.

En efecto, sin perder de vista que lo anterior tiene mucho que ver con la clasificación residual del suelo urbanizable, precisamente para evitar que determinados terrenos se ubiquen dentro esta clasificación de suelo, quizás hayan existido y existan determinadas actuaciones que más que velar por la protección de valores paisajísticos, ecológicos, permitiendo en definitiva el mero rédito que la explotación agrícola o ganadera ofrezca, pretenden de forma primordial obtener la finalidad enunciada: evitar que de acuerdo con la Ley 6/1998, todo suelo no clasificado deba ser automáticamente considerado como suelo urbanizable.

Con independencia de lo anterior, y por ende haciendo abstracción de la clasificación concreta del suelo, no podemos olvidar que, siguiendo dictados del Tribunal Constitucional (entre otros, los contenidos en la STC 102/1995), la planificación ecológica prevalece siempre sobre la urbanística.

Obviamente, no cabe desconocer que todo el suelo clasificado como suelo urbanizable es sustraído

automáticamente al proceso urbanizador, de la misma manera que automáticamente se preservaba así de los posibles perjuicios y daños que el mismo le pudiese ocasionar, más obviamente difícilmente cabe sostener que la categorización de suelo como no urbanizable sea el elemento exclusivo en la cruzada de los valores ambientales sobre el ámbito urbanístico, dado que una planificación responsable no puede centrarse sólo en dispensar este tipo de protección basado en ocasiones en la mera discrecionalidad del planificador, pues al mismo tiempo que la misma pretende preservar determinados valores ecológicos, no puede negarse que constriñe el proceso de “generación” de suelo.

Muy significativo resulta al respecto el artículo 47 del Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006, que, en mi opinión, alertando implícitamente de la anterior circunstancia, contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para facilitar el acceso a la vivienda *mediante la generación de suelo* y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los jóvenes y los colectivos más necesitados.

Junto con la configuración del suelo urbanizable como categoría residual, en la Ley 6/1998 (artículo 10: “A los efectos de esta Ley, el suelo que no tenga la condición de urbano o de no urbanizable, tendrá la consideración de suelo urbanizable”) las modificaciones introducidas por el Real decreto ley 4/2000 incidieron en el proceso de liberalización urbanística, que el propio título de la norma enuncia (Real decreto ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes).

En efecto, la versión inicial del artículo 9 de la Ley 6/1998, al definir el suelo urbanizable, se refería al suelo que “el planeamiento general considerase inadecuado para su desarrollo urbano”, lo que en opinión de Dionisio Fernández de Gatta Sánchez (“El Proyecto de ley del suelo de 14 de julio de 2006 en la evolución del ordenamiento urbanístico y territorial español”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 230, diciembre, año XL) dio pie al Ministerio de Fomento a entender que la discrecionalidad municipal sobre tal delimitación impedía obtener más suelo urbanizable, propugnando por ello una restricción de la discrecionalidad municipal, a cuyo fin surgió el citado Real decreto ley 4/2000, el cual, para incrementar la oferta del suelo *suprime la referencia al suelo inadecuado para el desarrollo urbano* a fijar por el planeamiento urbanístico, consolidando de esta manera el carácter residual del suelo urbanizable.

El periplo en torno al suelo no urbanizable debe completarse finalmente con la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, introduciendo de

nuevo en el artículo 9 de la Ley 6/1998, el criterio de que por suelo no urbanizable habrá de entenderse también *aquel que el planeamiento considere inadecuado para el desarrollo urbano*, recuperando en definitiva la primigenia previsión legal, si bien matizando la misma en el sentido de que dicha inadecuación para el desarrollo urbano se fundamenta “bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística”.

Como concluye Montero Fernández en la obra citada, con la Ley 10/2003, el suelo no urbanizable se delimita con carácter objetivo o reglado (como acontece por ejemplo con el primer apartado del artículo 9 de la Ley 6/1998 –suelos que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público–), existiendo un segundo núcleo cuya determinación queda a la discrecionalidad del planificador, discrecionalidad matizada frente al régimen anterior, en el que no era necesaria la justificación de la clasificación del suelo como no urbanizable, frente a lo que ahora ocurre al resultar indispensable acometer dicha clasificación sobre los parámetros fijados en la norma, referidos a la utilización racional de los recursos naturales, o a los criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico.

Por otra parte, autores como Pablo Velasco Cardenal (“Análisis ambiental del suelo no urbanizable”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 10, Aranzadi, 2006) entienden que legislaciones autonómicas como la catalana –Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio– amplían la protección ambiental establecida con relación al suelo no urbanizable, por la Ley 6/1998, desde el momento que su artículo 32 determina la clasificación como suelo no urbanizable:

a) Los terrenos que el plan de ordenación urbanística municipal debe clasificar como no urbanizables por razón de los factores siguientes, entre otros:

–Primero. Un régimen especial de protección aplicado por la legislación sectorial y por el planeamiento territorial que exija esta clasificación *como consecuencia de la necesidad o la conveniencia de evitar la transformación* de los terrenos para proteger el interés conector, natural, agrario, paisajístico, forestal o de otro tipo.

–Segundo. Las determinaciones de los planes directores, de acuerdo con lo establecido por el artículo 56.

–Tercero. La sujeción de los terrenos a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

b) Los terrenos que el plan de ordenación urbanística municipal considera necesarios para clasificar como suelo no urbanizable por razón de:

–Primero. La concurrencia de los valores considerados por la legislación aplicable en materia de régimen de suelo y de valoraciones.

–Segundo. El objetivo de garantizar la utilización racional del territorio y la calidad de vida, de acuerdo con el modelo de desarrollo urbanístico sostenible definido por el artículo 3, y también la concurrencia de otros criterios objetivos establecidos por el planeamiento territorial o urbanístico.

–Tercero. El valor agrícola de los terrenos incluidos en indicaciones geográficas protegidas o denominaciones de origen.

c) Los terrenos reservados para sistemas urbanísticos generales no incluidos en suelo urbano ni en suelo urbanizable.

Mención especial merece la circunstancia de que, a tenor del artículo 25 del Texto refundido de 2005, todo el suelo de Cataluña se clasifica por los diversos POUM, lo que, en opinión de Fernando García Rubio (“Régimen del suelo no urbanizable en la Ley catalana de urbanismo”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente*, 205, octubre-noviembre, año XXXVII), el modelo catalán lleva consigo la proclamación de que la única disposición administrativa de carácter general que puede clasificar suelo es el referido planeamiento general municipal frente a otros planeamientos de carácter territorial o disposiciones sectoriales.

Ahora bien, siendo ello así, no cabe olvidar la existencia de interacciones en el ámbito de la determinación del suelo no urbanizable, desde el momento que a tenor del artículo 56 del propio Texto refundido de 2005, los planes directores urbanísticos establecen no sólo medidas de protección, sino también criterios para la estructuración orgánica de dicho suelo, lo que puede evidenciar la existencia de determinados conflictos interadministrativos con relación al suelo no urbanizable, máxime cuando dicho condicionamiento aparece explicitado en el artículo 32.2, aceptando la clasificación del suelo no urbanizable según las determinaciones de los planes directores, de acuerdo con lo establecido por el artículo 56.

Subyace en el periplo normativo estatal cierta tensión entre propiedad e intereses públicos, al ritmo de la pauta que pueda marcar un proceso de liberalización más acusado en ocasiones, más tenue en otras, y así a efectos meramente comparativos, conviene traer a colación que mientras que el Real decreto ley de 7 de junio de 1996 redujo la cesión de suelo por parte de los propietarios al diez por ciento

(que recordemos había sido incrementado al quince por ciento por la Ley de 1990 respecto de la Ley del suelo de 1976), el nuevo Proyecto de la ley del suelo vuelve a aumentar las cesiones de aprovechamiento al quince por ciento o incluso el veinte por ciento en determinados casos, por no hablar ya de la obligación de reserva de terrenos para edificar a los efectos de la vivienda sujeta a un régimen de protección pública, que el nuevo proyecto (en su última versión) establece en un porcentaje mínimo del treinta por ciento de la edificación residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización, sin perjuicio de matizaciones o excepciones al respecto (artículo 10 del Proyecto de ley).

Llegamos así al denominado *Proyecto de la ley del suelo*, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, de 9 de marzo de 2007, cuya exposición de motivos deja bien claro, a modo de una sincera declaración de intenciones, que no es ésta una ley urbanística, sino una ley referida al régimen del suelo y a la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados en lo que atañe a los intereses cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado.

Llama la atención que el Proyecto de ley apunte que la técnica de la clasificación o categorización del suelo por el planeamiento es una técnica urbanística que *no corresponde a este legislador juzgar su oportunidad*, y siguiendo la estela de la Ley de aguas de 1985 (y de la propia legislación urbanística de Cataluña) apunta que el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable, centrándose en el valor ambiental del suelo que denomina ya rural, apuntando que la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, planteando la necesidad de que el suelo con destino urbano se ponga en uso ágil y eficazmente, incidiendo en la circunstancia de que el suelo urbano, esto es, la ciudad ya hecha (a diferencia de lo que hasta el momento parecían destilar las regulaciones urbanísticas existentes) tiene asimismo un valor ambiental, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza, y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso.

Dos son las características esenciales de los efectos que nos ocupan interesa destacar del nuevo Proyecto de ley:

a) La configuración de la urbanización como un servicio público cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendarla a privados, excediendo así lógicamente y físicamente de los límites propios de la propiedad: en este sentido, el artículo 7 afirma incluso que la previsión de la edificabilidad por la

ordenación territorial urbanística, por sí misma, no se integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo, y que la patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y en determinadas condiciones.

La anterior previsión ha llevado a autores como Tomás Ramón Fernández (versión reducida de la comunicación presentada por el autor en la sesión plenaria de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, celebrada el 27 de noviembre de 2006, en torno al Proyecto de la ley del suelo de 2006) a afirmar que el proyecto redefine el derecho de propiedad del suelo extrayendo de él formalmente el derecho a urbanizar, que *nacionaliza* al declararlo servicio público, advirtiendo precisamente que de la lista de facultades que hasta ahora se consideraban integrantes del derecho de propiedad, el proyecto elimina, sin embargo la facultad de urbanizar.

b) Frente a la tripartita distinción entre suelo urbano, urbanizable y no urbanizable, el proyecto prevé únicamente las ahora denominadas *situaciones básicas* de suelo rural y de suelo urbanizado, poniendo de manifiesto Dionisio Fernández de Gatta Sánchez ("El Proyecto de ley del suelo de 14 de julio de 2006 en la evolución del ordenamiento urbanístico y territorial español", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 230, diciembre, año XL) que ello constituye una importante intervención administrativa en la materia y una restricción apreciable del suelo utilizable a efectos de edificación, ya que el suelo para el que se permita su paso a la situación de suelo urbanizado continúa siendo suelo rural hasta que termine la actuación de urbanización (artículo 12), aventurando el autor que ello tendrá una incidencia negativa directa y a corto plazo, del suelo disponible para su uso edificatorio.

Destáquese que la controvertida referencia a la inadecuación del suelo para el desarrollo urbano como criterio que permitía la clasificación del suelo no urbanizable ha sido suprimida, quizá por innecesaria, dado que el artículo 12 incluye una remisión general a estos efectos a la legislación territorial urbanística para incluir más terrenos en esta situación básica de suelo rural, el cual, dicho sea de paso, aparece por lo demás como suelo residual desde el momento que se encuentra en dicha situación *cualquier otro suelo que no reúna los requisitos a los que se refiere el apartado siguiente*, que disciplina precisamente el suelo urbanizado.

4. De la evaluación de impacto ambiental a la evaluación ambiental estratégica

En un contexto supranacional como el diseñado por el Derecho comunitario, en el que la acción preventiva, a tenor del artículo 174 del TCE, se erige en pie-

dra angular de las políticas comunitarias medioambientales, y por extensión u ósmosis, de las de los distintos estados miembros que conforman la Unión, parece legítimo preguntarse si realmente no resultaba exigible hasta fechas recientes un auténtico control preventivo de evaluación ambiental con relación a lo que sin duda constituye uno de los mecanismos potencialmente más distorsionadores del medio ambiente, como son los instrumentos de planeamiento urbanístico.

El anterior planteamiento, que será objeto de desarrollo a través de la presente exposición, no exento de cierta ironía y de más preocupación, pretende reflexionar sobre el estado de la situación de esta cuestión, pues en más ocasiones de las deseables, bien por simple desidia, o por una inadecuada exégesis –exclusivamente literal– de las directivas comunitarias, o finalmente como consecuencia de una crítica del sistema exenta de constructivismo, se ha permitido que instrumentos de planeamiento territorial o urbanístico, o incluso sectorial de infraestructuras, hayan quedado huérfanos de una adecuada evaluación, que hubiese permitido ilustrar a las instancias públicas competentes, sobre los efectos ambientales y ecológicos de determinados planes, programas o proyectos, proporcionando una visión más acorde y omnicompreensiva de los factores que eventualmente pudiesen incidir negativamente sobre el medio ambiente.

Obviamente, pretender una aplicación armónica de mecanismos preventivos con relación al urbanismo no deja de ser un bienintencionado *desideratum*, pues sin perjuicio de los matices de mero *nomen* existentes entre las arquitecturas jurídico-urbanísticas de los distintos países de la Unión (matices obviamente también existentes en el ámbito de las distintas comunidades autónomas de nuestro país), las diferencias entre unas y otras llegan incluso a ser de tipo conceptual o estructural.

Pues bien, preguntémonos ahora: ¿realmente no estaba prevista en España por el legislador sectorial la evaluación ambiental de tan vital y esencial pieza como es el plan, no sólo para la ordenación jurídico-territorial, sino incluso para el derecho real de propiedad en sí mismo considerado, sino hasta la reciente Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente?

4.1. El marco normativo

El punto de partida, a escala comunitaria, lo constituye la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados

sobre el medio ambiente, modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997.

Culmina este proceso normativo la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

Pues bien, la Directiva de 1985 fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico por el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, cuyo Reglamento fue aprobado por el Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, normas estas modificadas posteriormente por medio del Real decreto ley 9/2000, de 6 de octubre, convalidado por la Ley 6/2001, de 8 de mayo.

4.2. Las deficiencias y las soluciones

La evaluación de impacto ambiental se presenta, pues, como un instrumento eficaz para la consecución de un desarrollo sostenible mediante la consideración de los aspectos ambientales en determinadas actuaciones públicas o privadas. No obstante, como apunta la exposición de motivos de la reciente Ley 9/2006, de 28 de abril, ha mostrado sus carencias cuando se trata de evitar o corregir los efectos ambientales en el caso de las tomas de decisión de las fases anteriores a la de proyectos, presentándose como necesario, por lo tanto, el establecimiento de una herramienta que permitiera actuar de una forma estratégica en tales fases.

En efecto, una de las críticas que con mayor intensidad se han mantenido respecto de la regulación existente en materia de EIA, es la relativa a que la misma se ha restringido a la fase última del proyecto, sin tener en consideración que la filosofía de la evaluación de impacto ambiental, precisamente, se centra en la prevención, de ahí que resulte ciertamente criticable exigir una evaluación únicamente en la fase de proyecto, omitiendo dicha evaluación para fases precedentes.

Pese a que determinadas legislaciones autonómicas parecen haber recepcionado dicha Directiva a través de disposiciones legales medioambientales, su transposición a escala nacional llega con retraso (toda vez que el plazo de transposición concluía el 21 de julio de 2004) a través de la Ley 9/2006, de 28 de abril, que, sin perjuicio de la regulación sustantiva que contiene, abre ineludiblemente el debate jurídico sobre las posibilidades de aplicación de la evaluación ambiental estratégica con relación a los planes urbanísticos, no sólo incluso desde el momento temporal a que se refiere en su disposición transitoria (21 de julio de 2004), que como ha quedado expresado coincide con la finalización del plazo de transposición, sino incluso desde la entrada en vigor de la misma Directiva, acaecida tres años antes.

4.3. Las propuestas de la jurisprudencia nacional

Sin perjuicio de la normativa de cada comunidad autónoma, que obviamente puede superar el umbral tuitivo que a los efectos de sometimiento a evaluación medioambiental establece el Real decreto legislativo 1302/1986, el cual opera como una regulación de mínimos en esta materia a tenor del artículo 149.1.23 de la CE (STC 90/2000, de 30 de marzo), decimos con independencia de aquel umbral, interesa destacar que el Real decreto legislativo 1302/1986 establece la necesidad de someter a evaluación de impacto ambiental los proyectos a los que se refiere el *apartado a del grupo 9 del anexo primero*, esto es, aquellas actividades en cuya virtud se produzcan *transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a cien hectáreas*.

Conviene recordar asimismo que la disposición adicional segunda de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, ya estableció: "Se amplía la lista de actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental contenida en el anexo I del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, con la inclusión en la misma de las transformaciones de uso del suelo que implique eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea y suponga riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a cien hectáreas."

Pues bien, siguiendo en este punto a Francisco Fernández García, Francisco Javier Fernández González y Emilia Díaz Méndez (*La evaluación ambiental de los planes urbanísticos y de ordenación del territorio*, La Ley, primera edición, junio de 2006), cabe concluir con los referidos autores que ambas leyes básicas establecían ya la obligación de someter a evaluación de impacto ambiental ciertas transformaciones del uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea, y en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a cien hectáreas, resultando por tanto predicable dicha evaluación medioambiental con relación a los instrumentos de planeamiento que diesen lugar precisamente dichas transformaciones.

En este sentido, especial interés revisten las STS de 30 de octubre de 2003 y de 3 de marzo de 2004, de las que se desprende la exigencia de la evaluación de impacto ambiental, con relación al plan urbanístico que acomete precisamente la transformación del suelo al cambiar su uso y destino.

En la primera de las sentencias citadas, de 30 de

octubre de 2003, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia, que anuló la modificación del PGOU de Cartagena, al constituir ésta una modificación esencial que debió haber originado un nuevo período de información pública, motivando asimismo la anulación en la inexistencia de previa evaluación de impacto ambiental, según se exige en la disposición adicional segunda de la Ley 4/1989, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres.

La parte recurrente en casación alegó la infracción de la disposición adicional segunda de la Ley 4/1989, afirmando que la misma no resultaba aplicable con relación a la aprobación de planes o sus modificaciones, porque esas aprobaciones no conllevan por sí mismas transformaciones del uso del suelo, las cuales requerirán la aprobación posterior de programa de actuación urbanística, de plan parcial y de proyecto de urbanización.

Dando por supuesto que en el presente caso existía "eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea", al no ser ello discutido entiende el Tribunal Supremo que la disposición adicional segunda discutida resulta aplicable con relación a la aprobación de planes que dispongan transformación del uso del suelo, toda vez que es la aprobación del plan la que hace posible el cambio de uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental.

Se añade que:

"no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior (v. gr. aprobación del programas de actuación, o del plan parcial, o del proyecto de urbanización), cuando restan sólo actuaciones de ejecución del plan general, con el riesgo de que o bien por razones medioambientales apreciadas posteriormente el plan no pueda ser ejecutado o bien se devalúen o minimicen las razones medioambientales para no dejar inoperante al plan. La primera actuación administrativa que cambia el uso del suelo es el plan general y él es quien modifica drásticamente su régimen jurídico.

"[...] En consecuencia, incluso antes de la aprobación inicial, tan pronto como estén claras las líneas generales del avance o proyecto del plan, el mismo debe someterse a una evaluación de impacto ambiental, pues sólo así la Administración planificadora (en la aprobación inicial) y los ciudadanos en general (en la información pública) podrán tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de las transformaciones anunciadas en el medio ambiente."

A mayor abundamiento, la sentencia acomete el análisis de la cuestión con relación a la normativa general en materia de evaluación de impacto ambiental poniendo de manifiesto:

“El Real decreto ley 9/2000, de 6 de octubre, de modificación del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, EDL, que trae a colación la parte en este recurso de casación, no es aplicable al caso de autos por razones temporales. Pero, en todo caso, en el grupo 10 del anexo I se citan en primer lugar (al igual que lo hace la posterior Ley 6/2001, de 8 de mayo), en el grupo 9 y como comprendido en el apartado 1 de su artículo 1 (es decir, proyectos que deben someterse a una evaluación de impacto ambiental en todo caso) las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a cien hectáreas.

“[...] Así que no es cierto que esa disposición sólo exija para estos casos la evaluación de impacto ambiental ‘cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso’; eso se refiere a las actividades del anexo II, que no es el caso.”

Concluye finalmente el Tribunal Supremo en la necesidad de evaluación de impacto ambiental, por lo que el proyecto de modificación del plan ni siquiera debió llegar al umbral de la aprobación inicial.

5. ¿Desde qué momento resulta exigible una evaluación ambiental estratégica de acuerdo con la Directiva 2001/42 con relación a los planes que deben someterse a ella?: la hermenéutica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Entiendo que la respuesta al anterior planteamiento en modo alguno es baladí, dada la existencia de un cambio trascendental 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, a partir de la cual se pretende que en el proceso estratégico de toma de decisiones que precede a la aprobación de un proyecto concreto se someta a una previa evaluación ambiental estratégica (EAE), lo que supone, según reconoce la STS, de 7 de julio de 2004, trasladar, ampliar y abrir el proceso, evitando así políticas, programas o planes viciados que arropan o esconden proyectos preconcebidos, Directiva 2001/42, cuyo plazo de transposición, por cierto, concluía el 21 de julio de 2004.

Retomando el sentido específico del planteamiento que se propone en el presente apartado, esto es, determinar el momento concreto a partir del cual resultaría exigible la evaluación ambiental estratégica, cuestión esta de vital importancia, habida cuenta de la proliferación de instrumentos urbanísticos de todo tipo, que prácticamente en su totalidad deben ser sometidos a este tipo de evaluación, el criterio meramente positivo plasmado en la disposición transitoria

primera de la Ley 9/2006, en sintonía con las disposiciones temporales de la propia Directiva 2001, nos indica que el *punto de inflexión* para dicha exigencia se ubicaría en la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 2001, esto es, el 21 de julio de 2004:

Disposición transitoria primera. Planes y programas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley:

“1. La obligación a que hace referencia el artículo 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004.

“2. La obligación a que hace referencia el artículo 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior al 21 de julio de 2004 y cuya aprobación, ya sea con carácter definitivo, ya sea como requisito previo para su remisión a las Cortes Generales, o, en su caso, a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2006, salvo que la Administración pública competente decida, caso por caso y de forma motivada, que ello es inviable.

“En tal supuesto, se informará al público de la decisión adoptada.

“3. A los efectos de lo previsto en esta disposición transitoria, se entenderá por el primer acto preparatorio formal el documento oficial de una administración pública competente que manifieste la intención de promover la elaboración del contenido de un plan o programa y movilice para ello recursos económicos y técnicos que hagan posible su presentación para su aprobación.”

De la misma resulta como regla general que la evaluación ambiental estratégica se aplicará a aquellos planes cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004, y como excepción, la prevista en el apartado segundo, en cuyo caso dicha evaluación es exigible con relación a planes cuyo primer acto preparatorio formal fuese anterior a dicha fecha cuando su aprobación se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2006, eso sí, con la contraexcepción relativa a que la Administración pública competente decida, caso por caso y de forma motivada, que ello es inviable.

Merece destacarse que el propio legislador se encargue de recordar la necesidad de motivación, por otra parte, a mi entender, inherente en una decisión administrativa como la de suprimir la evaluación ambiental con relación a estos planes, máxime cuando ello recoge el concepto jurídico indeterminado de la *inviabilidad* de la evaluación.

Otra de las cuestiones que merecen ser destacadas, es lo que la propia disposición transitoria considera como primer acto preparatorio formal del plan

o programa, pues no será necesaria una aprobación que podríamos denominar *inicial o provisional* (con relación específicamente a los instrumentos de planeamiento), ni siquiera un borrador de la misma, toda vez que la exigencia de la evaluación vendrá determinada por un criterio que se presenta como subjetivo, esto es, por la mera intención de la Administración de promover la elaboración del contenido de un plan o programa, plasmada en un documento oficial y, eso sí, siempre que movilice para ello los recursos económicos y técnicos que hagan posible su presentación para su aprobación.

Pues bien, sin perjuicio de todo lo expresado y, por tanto, haciendo abstracción de la posibilidad de someter a evaluación de impacto ambiental los instrumentos de planeamiento con base en la Directiva 85/337 del Consejo, de 27 de julio, tal como recogen las dos sentencias del Tribunal Supremo comentadas *ut supra*. Centrando el tema desde la exclusiva perspectiva de la evaluación ambiental estratégica a la que se refiere la Ley 9/2006, el 28 de abril, entendemos que cabría mantener la incidencia exegética de la Directiva que traspone, incluso remontándonos en el tiempo, hasta llegar al mismo momento de su publicación, en lugar de establecer de forma estanca y automática el punto de inflexión en el 21 de julio de 2004, esto es, a la finalización del plazo de transposición, tal como la Ley 9/2006 establece, reiteramos, en coherencia con la propia Directiva.

Una explicación racional del anterior aserto exige profundizar en el denominado *efecto directo de las directivas*, así como en la obligación de interpretación conforme a la Directiva del ordenamiento jurídico interno, aun cuando no hubiese transcurrido el plazo de transposición de la misma.

5.1. El efecto directo de las directivas

Es de general conocimiento que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reaccionado, reconociendo bajo ciertas condiciones el efecto directo de las directivas, frente a la pasividad o resistencia de los estados miembros en la transposición de las mismas.

Esta jurisprudencia se inició mediante una sentencia de 6 de octubre de 1970, Franz Grad/Finanzamt Traunstein (Asunto 9/70), seguida por las sentencias de 19 de enero de 1982, Ursula Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt (Asunto 8/81) y la sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Asunto 152/84).

En definitiva, se rechaza la idea de que un gobierno nacional pueda dejar sin aplicar las disposiciones de una directiva durante un tiempo indefinido y que

el justiciable no tenga vía de recurso alguna durante dicho período, acometiendo una construcción jurídica que otorgaba a las directivas, dentro de ciertos límites, un efecto directo análogo al de los reglamentos, entendiendo que la Directiva impone una obligación de resultado a los estados destinatarios, obligación que deben ejecutar antes de que venza el plazo fijado por ella.

Por consiguiente, el Estado miembro que no hubiese adoptado dentro del plazo prescrito las medidas de ejecución impuestas por una directiva no puede invocar, frente a los particulares, su propio incumplimiento de las obligaciones que ésta implica.

Como pone de manifiesto Timothy Millett (“El efecto directo de las directivas: ¿Hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?”, ponencia, de inminente publicación, pronunciada en el curso Aplicación práctica del Derecho comunitario en el orden contencioso-administrativo, Murcia, noviembre de 2005), el Tribunal de Justicia estableció en la sentencia Marshall, de 1986, unos límites a la doctrina del efecto directo de las directivas, pues al tiempo que confirmaba la posibilidad de un particular de invocarlas en contra del Estado, excluyó explícitamente que este efecto pudiera extenderse a las relaciones entre particulares, sobre la base de que el efecto directo de las directivas es consecuencia de la obligación que pesa sobre el Estado de aplicarlas, mientras que dicha obligación no concierne a los particulares, consagrando así lo que se denomina el *efecto directo vertical de las directivas*, es decir, su efecto en las relaciones entre los particulares y el Estado, rechazando la idea del “efecto directo horizontal de las directivas”, es decir, la posibilidad de que afecten a las relaciones entre particulares.

No obstante, en contadas ocasiones el Tribunal de Justicia aparentemente (puesto que en el fondo no es así) parece otorgar ciertas concesiones a la doctrina del efecto horizontal, tal como ocurre en la sentencia Delena Wells, de fecha 7 de enero de 2004 (C-201/02), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por la High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court).

El supuesto fáctico encuentra su origen en la adquisición por la Sra. Wells de una casa al lado de una cantera abandonada, cuyos dueños posteriormente solicitaron autorización para reiniciar la explotación de la misma.

La Administración concedió la autorización sin proceder a un estudio de impacto sobre el medio ambiente, lo que dio pie a la Sra. Wells a objetar que el permiso se había otorgado violando la Directiva 85/337, que regula la evaluación de las incidencias de ciertos proyectos públicos y privados sobre el entorno.

Según Timothy Millett, resulta de la sentencia que la Directiva citada era perfectamente aplicable a unas circunstancias como las del caso, trasladándose la cuestión planteada a conocer si la Sra. Wells podía invocarla en el litigio que la oponía al poder público, a lo que, pese a las alegaciones del Gobierno británico postulando que con la tesis de la afectada se produciría una situación de efecto directo que calificó de “inverse direct effect”, en la que el Estado miembro afectado estaría directamente obligado, por la petición de un particular, a privar a otro particular de sus derechos, el Tribunal respondió afirmativamente.

El Tribunal desestimó dicha objeción, considerando que:

“Las meras repercusiones negativas sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una directiva contra el Estado miembro de que se trate.

“El hecho de que los trabajos de explotación minera deban paralizarse a la espera de los resultados de la evaluación es consecuencia del retraso de dicho Estado en el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, esta consecuencia no puede calificarse, como pretende el Reino Unido, de ‘inverse direct effect’ de las disposiciones de la citada Directiva [85/337] respecto a los [propietarios de la cantera].”

Queda claro, pues, concluye Millet y lo ha admitido el propio Tribunal, que los derechos de los dueños de la cantera quedan afectados por el derecho reconocido a la Sra. Wells a invocar la Directiva 85/337 en su beneficio. En estas circunstancias, parece que esta Directiva produce cierto efecto en las relaciones entre particulares, no obstante lo cual, matiza posteriormente, que este supuesto, al igual que otros de semejantes efectos, aborda situaciones atípicas, dado que se basan en lo que algunos autores denominan “relaciones triangulares”, que implican no sólo un litigio entre dos particulares, afectando también la intervención del Estado, por lo que no se puede concluir sin más en un reconocimiento jurisprudencial del efecto directo horizontal de las directivas, y ello pese a que dicha sentencia impuso determinadas cargas a particulares, esto es, a los propietarios de la cantera, que obviamente no eran responsables de la no transposición de la directiva.

5.2. El principio de interpretación conforme

Como expresa la sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentación SA*, C-106/89, este principio implica el deber de todas las autoridades de los estados miembros, con inclusión de las autoridades judiciales, de aplicar el Derecho nacional haciendo todo lo posi-

ble, a la vista de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la Directiva.

Por su importancia en lo atinente al momento en que comienza la obligación de aplicar el principio de interpretación conforme, merece destacarse la doctrina derivada de la sentencia *Adeneler*, de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, en el que el Tribunal de Luxemburgo se enfrenta a la siguiente remisión prejudicial: “¿Está obligado el órgano jurisdiccional nacional a interpretar el Derecho nacional, en la medida de lo posible, con arreglo a una directiva a la que se ha adaptado tardíamente el ordenamiento jurídico interno [...] a) desde el momento en que entró en vigor la Directiva, o bien [...] b) [...] desde el momento en que expiró sin resultado el plazo señalado para la adaptación del Derecho interno a la misma, o incluso [...] c) [...] desde el momento en que entró en vigor la disposición nacional de adaptación del Derecho interno?”

Las consideraciones del Tribunal al respecto son las siguientes:

“108. Procede recordar que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 249 CE, párrafo tercero (véase, en particular, la sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 113, y la jurisprudencia que allí se cita). Esta obligación de interpretación conforme concierne a todas las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a la directiva de que se trate (véase, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8, y la sentencia *Pfeiffer y otros*, antes citada, apartado 115).

“112. Por otra parte, en el supuesto de que no pudiera alcanzarse el resultado exigido por una directiva mediante la interpretación, procede recordar que, según la sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros* (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 39, el Derecho comunitario impone a los estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto en una directiva, siempre y cuando concurren tres requisitos. Primero, que el objetivo de la directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la Directiva. Tercero y último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas

afectadas (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 27).

“113. A fin de determinar con más precisión a partir de qué fecha están obligados los órganos jurisdiccionales nacionales a aplicar el principio de interpretación conforme, procede subrayar que esta obligación, que se deriva de los artículos 10 de la CE, párrafo segundo, y 249 de la CE, párrafo tercero, así como de la propia Directiva de que se trate, se impone especialmente en el caso de que alguna disposición de la Directiva carezca de efecto directo, bien porque la disposición pertinente no sea lo bastante clara, precisa e incondicional como para producir tal efecto, bien porque el litigio se desarrolle exclusivamente entre particulares.

“114. Es preciso añadir que, antes de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva, no cabe reprochar a los estados miembros que no hayan adoptado aún las medidas necesarias para adaptar su ordenamiento jurídico a la misma (véase la sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Rec. p. I- 7411, apartado 43).

“115. Se desprende necesariamente de las consideraciones anteriores que, en caso de adaptación tardía del Derecho interno a una directiva, la fecha en la que entren efectivamente en vigor en el Estado miembro de que se trate las medidas nacionales de adaptación del Derecho interno a la Directiva –fecha mencionada por el órgano jurisdiccional remitente en la letra c) de la primera cuestión– no constituye el criterio pertinente. En efecto, tal solución entrañaría un grave riesgo de comprometer la plena eficacia del Derecho comunitario y la aplicación uniforme de dicho Derecho a través de las directivas.

“116. Por otra parte, en lo que respecta a la fecha mencionada en la letra a) de la primera cuestión, (desde el momento en que entró en vigor la Directiva) procede precisar, con objeto de responder exhaustivamente a dicha cuestión, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha declarado ya que la obligación de los estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva, en virtud de los artículos 10 de la CE, párrafo segundo, y 249 de la CE, párrafo tercero, así como de la propia directiva de que se trate, se impone a todas las autoridades de los estados miembros, incluidas las autoridades judiciales en el ámbito de sus competencias (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Inter-Environnement Wallonie, apartado 40, y Pfeiffer y otros, apartado 110, y la jurisprudencia que allí se cita).

“118. Además, con arreglo al artículo 254 de la CE, apartado 1, las directivas se publican en el *Diario*

Oficial de la Unión Europea y entran en vigor en la fecha que ellas mismas fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación o bien, con arreglo al apartado 3 de dicho artículo, se notifican a sus destinatarios y surten efecto a partir de tal notificación.

“119. Se deduce de las consideraciones precedentes que una directiva produce efectos jurídicos frente al Estado miembro destinatario –y, por tanto, frente a todas las autoridades nacionales–, a partir de su publicación o de su fecha de notificación, según los casos.

“120. En el presente caso, el artículo 3 de la Directiva 1999/70 dispuso que ésta entraría en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, o sea, el 10 de julio de 1999.

“121. Pues bien, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se deduce de los artículos 10 de la CE, párrafo segundo, y 249 de la CE, párrafo tercero, así como de la propia directiva de que se trate, puestos en relación, que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva, los estados miembros destinatarios de la misma deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta (sentencias Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 45, de 8 de mayo de 2003, ATRAL, C-14/02, Rec. p. I-4431, apartado 58, y Mangold, antes citada, apartado 67). A este respecto, poco importa que la norma controvertida de Derecho nacional, adoptada tras la entrada en vigor de la directiva de que se trate, tenga o no por objeto la adaptación del Derecho interno a dicha Directiva (sentencias ATRAL, apartado 59, y Mangold, apartado 68, antes citadas).

“122. Dado que todas las autoridades de los estados miembros están sujetas a la obligación de garantizar el pleno efecto de las disposiciones del Derecho comunitario (véanse las sentencias Francovich y otros, antes citada, apartado 32, la de 13 de enero de 2004, Kühne & Heitz, C-453/00, Rec. p. I-837, apartado 20, y Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 111), los órganos jurisdiccionales nacionales se hallan sometidos igualmente a la obligación de abstención mencionada en el apartado anterior.

“123. De ello se deduce que, a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva, los órganos jurisdiccionales de los estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta.

“124. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la primera cuestión que, en el supuesto de adaptación tardía del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate a una

directiva cuyas disposiciones pertinentes carecen de efecto directo, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva, a interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva.”

Pues bien, a los efectos que nos ocupan, conviene destacar que la Directiva 2001/42 fue publicada en el DOCE 197/2001, de 21 de julio de 2001, y, conforme a su artículo 14, entra en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

6. La Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente

6.1. Ámbito de aplicación

Los artículos 3 y 4 se encargan de definir el ámbito de aplicación de la denominada *evaluación ambiental estratégica*, infiriéndose de los mismos la regla general de someter a este mecanismo preventivo todos los planes y programas, así como sus modificaciones, que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, siempre que se elaboren o aprueben por una administración pública y que su elaboración y aprobación venga exigida por una disposición legal o reglamentaria, o por acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma.

A partir de aquí, la Ley distingue entre planes y programas que serán objeto de evaluación medioambiental en todo caso, porque siempre tendrán efecto significativo sobre el medio ambiente, y aquellos otros planes o programas que únicamente serán objeto de evaluación ambiental cuando se prevea que los mismos puedan tener efectos significativos en el medio ambiente.

Pues bien, esta distinción entre planes y programas que deben ser objeto de evaluación por tener efectos significativos, y aquellos otros planes y programas que puedan tener efectos significativos para el medio ambiente supone que la legislación española aumenta el nivel de protección ambiental determinado por la Directiva comunitaria, sin perjuicio de lo cual no cabe omitir si no una crítica, sí cierta preocupación, por la manera extremadamente abstracta o indefinida con la que la Ley se refiere a los “planes que pueden someterse a evaluación por sus efectos significativos sobre el medio ambiente”, abriendo en

consecuencia la evaluación, en estos supuestos, a decisiones discrecionales.

En el apartado 4 del artículo 3, la Ley excluye de evaluación ambiental a los planes y programas que tengan como único objeto la defensa nacional o la protección civil en casos de emergencia, así como los de tipo financiero o presupuestario.

Recapitulando, cabe mantener que prácticamente la totalidad de los instrumentos de ordenación urbanísticos deberán ser objeto evaluación ambiental estratégica, toda vez que difícilmente resulta concebible un instrumento de planeamiento en el que no se aborde la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo, materias estas que según el artículo 3, apartado 2, de la tienen siempre un efecto significativo sobre el medio ambiente.

Como excepción, a partir del artículo 3.3, aquellos planes que incorporen o introduzcan modificaciones menores o que establezcan el uso de zonas de reducido ámbito territorial únicamente requerirán evaluación medioambiental si se prevé que los mismos puedan tener efectos significativos en el medio ambiente.

6.2. Órganos competentes para la evaluación ambiental estratégica

Siguiendo el esquema proporcionado por la evaluación de impacto ambiental, la Ley 9/2006, en coherencia con la Directiva del 2001 que traspone, distingue entre la *Administración competente a los efectos que podríamos denominar sustantivos*, esto es, la competentes para la elaboración y adopción del plan o programa, por un lado, y *el órgano ambiental*, el que, en colaboración con el promotor del plan, velará por la integración de los aspectos ambientales en la elaboración de los planes o programas, surgiendo así el dualismo tradicional que enmarca todas estas actuaciones administrativas de carácter preventivo, y que en definitiva no pretenden sino incidir o, si se quiere, influir en la decisión sobre el proyecto sustantivo que se plantee.

El artículo 5 de la Ley se encarga, no obstante, de unificar en la misma Administración pública las funciones sustantivas y ambientales, toda vez que la competente para realizar las actuaciones de evaluación será aquella Administración a la que corresponda la elaboración y aprobación del plan o programa, en sintonía con la doctrina constitucional (STC 13/1998, de 22 de enero), relativa a la competencia para desarrollar la evaluación de impacto ambiental (de la normativa básica de EIA), en cuya virtud no se considera como de “ejecución” ni de “gestión” de la protección del medio ambiente, sino como competencia ambiental adjetiva derivada de la sustantiva general de cada Administración, de realizar o autorizar el proyecto de obra o instalación sujeta a su competencia.

Es decir, las normas que se dicten por las comunidades autónomas en desarrollo de las bases en materia de evaluación ambiental no se fundamentan en el título competencial de “medio ambiente”, sino atendiendo a las materias (aeropuertos, carreteras, urbanismo, líneas ferroviarias...) sobre las que ostente competencia, a partir de la hermenéutica conjunta de los artículos 148 y 149 de la Constitución y del correspondiente Estatuto de autonomía.

Y esta doctrina aparece recientemente confirmada en la STC 101/2006, de 30 de marzo, que estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento Vasco 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco, al rechazar que el órgano ambiental de la comunidad autónoma, sea el que emita la declaración de impacto ambiental con relación a cualesquiera obras o actividades desarrolladas en dicha comunidad autónoma, incluidas las de competencia estatal, manteniendo en cambio que la declaración de impacto ambiental correspondiente a las obras o actuaciones de competencia estatal debe ser emitida por el órgano estatal competente, previas las actuaciones de colaboración con la correspondiente comunidad autónoma.

Considera asimismo inconstitucional la sentencia comentada atribuir al órgano ambiental de la comunidad autónoma competencias de carácter ejecutivo complementarias de la declaración de impacto, toda vez que dichas funciones son un complemento natural inseparable de la facultad principal del Estado para emitir la declaración de impacto ambiental y la prórroga del mismo en los supuestos de obras y actividades de su competencia, correspondiendo precisamente a dicha Administración el establecimiento del plazo para la ejecución de los proyectos o sus eventuales prórrogas, la resolución de discrepancias o la suspensión de la ejecución de los proyectos.

Otra importante cuestión que se plantea en este ámbito es la determinación de la Administración competente cuando la elaboración o aprobación del correspondiente plan o programa corresponda a las entidades locales: la Ley 9/2006, con relación a la evaluación ambiental estratégica, remite en su artículo 5.2 a lo que determine la legislación autonómica.

6.3. Procedimiento

Sintetizado en el artículo 7 de la Ley 9/2006, debemos distinguir:

–El informe de sostenibilidad ambiental (artículo 8). a través del cual el órgano promotor del plan o programa debe identificar, describir y evaluar los probables efectos significativos sobre el medio ambiente, que puedan derivarse de la aplicación del mismo, así

como las alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, incluida entre otros la alternativa cero (que consiste en la no-realización del plan o programa).

–Celebración de consultas, cuyo objeto será la versión preliminar del plan o programa, incluyendo ya el informe de sostenibilidad ambiental (artículo 10), sin perjuicio de la posibilidad de consultas transfronterizas (artículo 11).

–Elaboración de la memoria ambiental (artículo 12). Su elaboración corresponde al órgano que determine la legislación autonómica, por lo que de entrada debe advertirse que la memoria ambiental no tiene por qué ser efectuada por el órgano ambiental.

A través de la misma se valorará la integración de los aspectos ambientales en la propuesta del plan o programa, analizando el proceso de evaluación, el informe de sostenibilidad ambiental y su calidad, así como el resultado de las consultas realizadas, debiéndose justificar en qué medida se han considerado las consultas, debiendo contener finalmente dicha memoria ambiental las determinaciones finales que deben incorporarse a la propuesta del plan o programa. Interesa destacar que la memoria ambiental es preceptiva, y se tendrá en cuenta en el plan o programa antes de su aprobación definitiva.

–Propuesta del plan o programa (artículo 13). Será elaborada por el órgano promotor tomando en consideración el informe de sostenibilidad ambiental, las alegaciones en las consultas, y la memoria ambiental.

–Publicidad (artículo 14). Aprobado el plan o programa, el órgano promotor pondrá a disposición del órgano ambiental, de las administraciones públicas afectadas y del público, y, en su caso, de los estados miembros de Unión Europea consultados, tanto el plan o programa aprobado como una declaración que resuma entre otros aspectos en qué manera se integraron en el plan o programa los aspectos ambientales, cómo se ha tomado en consideración el informe de sostenibilidad ambiental y los resultados de las consultas, la memoria ambiental y las discrepancias que hayan podido surgir en el proceso, así como las razones de la elección del plan o programa aprobados, en relación con las alternativas consideradas.

–Seguimiento de los efectos derivados de la aplicación del plan o programa en el medio ambiente (artículo 15), que corresponde realizar a los órganos promotores.

6.4. Cuestiones que merecen ser destacadas con relación a la regulación de la evaluación ambiental estratégica

6.4.1. La figura del órgano promotor

La Ley 9/2006, de 28 de abril, hace pivotar en gran medida el procedimiento de evaluación en el órga-

no promotor del correspondiente plan o programa, el cual *integrará los aspectos ambientales*, siendo por otra parte dicho órgano promotor el competente, si no para su última elaboración, sí para la *integración del contenido del informe de sostenibilidad ambiental*.

Parece seguir así el legislador los esquemas básicos procedimentales de la evaluación de impacto ambiental, en cuyo seno, recordemos, el estudio de impacto ambiental debe ser aportado por el promotor del proyecto, lo cual ha generado críticas fundadas, de las que se hace eco Esteve Pardo (*Derecho del Medio Ambiente*, Marcial Pons, 2005).

Este autor da cuenta de que se ha criticado con razón que el estudio de impacto ambiental no alcanza así las garantías de objetividad e imparcialidad que serían deseables, acumulando por lo demás el promotor la información técnica especializada, resultando por ello difícil el contraste crítico que puedan plantear los interesados y quienes pudiesen oponerse al proyecto, que, por lo demás, tendrán dificultades añadidas para ofrecer, con un nivel técnico comparable al del estudio, el diseño de alternativas al proyecto.

6.4.2. Concurrencia y jerarquía de planes o programas

No debe pasar inadvertido en el ámbito de ordenación urbanística, por la concepción jerárquica de los distintos planes, y por el contenido de cada uno de ellos, que quedarían en ocasiones huérfanas de valoración determinadas opciones que en el momento de la aprobación de instrumentos generales, como un plan general, resultarían desconocidas.

A ello ha prestado atención tanto el legislador como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El artículo 6.1 de la Ley 9/2006 contiene la siguiente previsión:

“Cuando exista una concurrencia de planes o programas promovidos por diferentes administraciones públicas, éstas deberán adoptar las medidas necesarias con el fin de que puedan complementarse y para evitar que se produzca una duplicidad de evaluaciones, asegurando que todos los efectos ambientales significativos de cada uno son convenientemente evaluados.”

Específicamente, dentro de la concurrencia de planes, suelen plantearse problemas por la interferencia entre planificación sectorial (por ejemplo de infraestructuras) y urbanística.

En este sentido, la Ley 9/2006 establece en su disposición adicional quinta, relativa a “Infraestructuras de titularidad estatal” –la mayoría de las cuales, no debemos olvidar, aparecen incluidas en el grupo sexto del anexo primero del Real decreto legislativo 1302/1986, y por tanto sometidas a la evaluación de impacto

ambiental–, que “a los efectos de lo previsto en el artículo 6.1, no deberán someterse a un nuevo proceso de evaluación como consecuencia de la elaboración y aprobación de un plan de ordenación urbanística o territorial las infraestructuras de titularidad estatal en cuya planificación sectorial se haya realizado la evaluación ambiental conforme a lo dispuesto en esta ley. En tales casos, la Administración pública competente para la aprobación del plan de ordenación urbanística o territorial podrá exigir que se tengan en cuenta los aspectos no específicamente considerados en la primera evaluación ambiental”.

Esta disposición obligará a observar un especial cautela, a los efectos de que la misma no se haga valer como vía de escape o pretexto para eludir la evaluación estratégica con relación, por ejemplo, a cualquier plan urbanístico que obviamente no conteniendo ordenación alguna que una infraestructura de titularidad estatal simplemente las contemple en coherencia con la planificación territorial o sectorial correspondiente.

Por otra parte, el artículo 6.2 ofrece una pauta de indudable valor en el ámbito urbanístico, en el que la ordenación se estructura sobre la base de planes jerárquicamente dependientes:

“Cuando los planes y programas se estructuren en distintos ámbitos jerárquicos de decisión de una misma administración pública, la evaluación ambiental en cada uno de ellos deberá realizarse teniendo en cuenta la fase del proceso de decisión en la que se encuentra el plan o programa, para evitar la duplicidad de evaluaciones, aplicando lo dispuesto en el artículo 8.”

Ahora bien, la existencia de distintos instrumentos urbanísticos, no supone, a nuestro juicio, la necesidad automática de que se proceda a poner en marcha el mecanismo de evaluación ambiental estratégica con relación a todos y cada uno de ellos, pues ni parece inferirse así de la ley, ni por otra parte resultaría ello acorde con los más elementales principios economía, no sólo monetaria sino procedimental.

No obstante, la picaresca podría determinar que un plan o programa, en principio unitario, se fracciona-se mediante la elaboración de diversos planes a los efectos de obtener evaluaciones ambientales menos gravosas.

El rechazo de esta técnica viene dado por la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 16 septiembre de 2004, dictada en el Asunto C-227/2001, que declaró que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la norma comunitaria relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, al no haber sometido a evaluación el impacto ambiental del Proyecto de

línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa. Plataforma que forma parte del proyecto denominado Corredor del Mediterráneo, ya que la norma comunitaria establece que debe someterse obligatoriamente a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente.

Frente a la argumentación de la Comisión, que consideraba que tanto a tenor de la Directiva 85/337, como de la propia normativa española, debió haberse realizado un procedimiento de evaluación del impacto sobre el medio ambiente, el Gobierno español, admitiendo que el proyecto no fue formalmente sometido a dicha evaluación, consideró que la misma no era necesaria, argumentando lo siguiente:

–Que dicha Directiva no era aplicable, puesto que las obras acometidas se habían limitado a mejorar una línea de ferrocarril ya existente mediante el desdoblamiento de la única vía inicial, lo que ni constituye la construcción de una nueva línea ferroviaria ni requiere un nuevo trazado de larga distancia.

–Que el desdoblamiento de las vías no produce en la práctica repercusiones sobre el medio ambiente que se añadan a las de la construcción de la línea inicial y, en cualquier caso, la Comisión no ha presentado pruebas de la existencia de tales repercusiones.

–Con carácter subsidiario, el Gobierno español añadió que el contenido esencial de los requisitos de la Directiva se habían respetado, ya que la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Benicàssim, que tuvo lugar en 1992, estuvo precedida por la realización de un estudio de impacto sometido al trámite de información pública y por una declaración de impacto ambiental. Puesto que la referida revisión tuvo precisamente por objeto la reserva de suelo para la construcción del desvío de la localidad de Benicàssim, no se precisó un nuevo estudio sobre la repercusión de las obras acometidas.

Las respuestas del Tribunal son contundentes

“44. Respecto a la primera cuestión, no cabe acoger la alegación formulada por el Gobierno español, según la cual el punto 7 del anexo I de dicha Directiva sólo contempla la construcción de una línea nueva, entendida como un nuevo trayecto de ferrocarril entre dos localidades, y no se aplica, en consecuencia, a un desdoblamiento de vías preexistentes.

“46. Pues bien, en lo que se refiere a la Directiva 85/337, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que del texto de esta Directiva se puede deducir que su ámbito de aplicación es extenso y su objetivo muy amplio (sentencia Kraaijeveld y otros, antes citada, apartados 31 y 39).

“48. Estas consideraciones son suficientes, de por sí, para que el punto 7 del anexo I, de la Directiva 85/337 deba entenderse en el sentido de que incluye el desdoblamiento de una vía férrea ya existente.

“49. Un proyecto de esta naturaleza puede tener, en efecto, una repercusión importante sobre el medio ambiente en el sentido de la mencionada Directiva, toda vez que puede afectar de modo prolongado, por ejemplo, a la fauna y la flora, a la composición de los suelos o también al paisaje, y tener, en especial, un impacto sonoro significativo, de manera que debe incluirse en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. El objetivo perseguido por la Directiva 85/337 se pondría gravemente en peligro si este tipo de proyecto de construcción de una vía férrea nueva, incluso paralela a una vía preexistente, pudiera sustraerse de la obligación de realizar una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente. Por lo tanto, un proyecto de esta naturaleza no puede ser analizado como si fuera una mera modificación de un proyecto anterior, en el sentido del punto 12 del anexo II de dicha Directiva.

“50. Por otra parte, esta conclusión se impone con mayor razón cuando, como en el presente caso, la realización del proyecto de que se trata implica un nuevo trazado de las vías, aun cuando éste sólo afecta a una parte de dicho proyecto. En efecto, tal proyecto de construcción puede tener, por naturaleza, repercusiones importantes sobre el medio ambiente a efectos de la Directiva 85/337.

“51. Carece asimismo de fundamento la alegación del Gobierno español de que no concurren las condiciones para aplicar el punto 7 del anexo I de dicha Directiva, dado que el proyecto de que se trata no afecta al tráfico a gran distancia en el sentido de esta disposición sino únicamente a un tramo de 13,2 km entre localidades vecinas.

“52. En efecto, como ha alegado acertadamente la Comisión, el proyecto controvertido forma parte de una línea ferroviaria de 251 km de longitud entre Valencia y Tarragona, que está comprendida en el proyecto denominado Corredor del Mediterráneo, que comunica el Levante español con Cataluña y la frontera francesa.

“53. Si se admitiera la alegación del Gobierno español, el efecto útil de la Directiva 85/337 podría quedar gravemente comprometido, puesto que bastaría con que las autoridades nacionales en cuestión fraccionaran un proyecto de una larga distancia en tramos sucesivos de pequeña importancia para que tanto el proyecto considerado en su globalidad como los tramos surgidos de dicho fraccionamiento pudieran eludir lo dispuesto en dicha Directiva.

“56. En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación del Gobierno español de que la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Benicàssim de 1992 estuvo precedida por la realización de un estudio de impacto sometido al trámite de información pública y por una declaración de impacto

ambiental, es preciso señalar que, aun suponiendo que dicho Plan incluyera todas las indicaciones necesarias para cumplir los requisitos mínimos establecidos por la Directiva 85/337, no puede, en ningún caso, considerarse suficiente, toda vez que, como ha sostenido la Comisión sin ser realmente contradicha al respecto por el Gobierno demandado, sólo se refiere al territorio del municipio de Benicàssim y, más concretamente, al que rodea esta localidad, mientras que ha quedado acreditado que el proyecto controvertido es más amplio. De ello se desprende que, al menos en relación con la parte restante de este proyecto, no se aplicó correctamente lo dispuesto en dicha Directiva.

“59. Por último, en lo que se refiere a la alegación del Gobierno español de que la Comisión no ha motivado válidamente el incumplimiento imputado, toda vez que no ha aportado pruebas de que el desdoblamiento de una vía existente tiene, en la práctica, repercusiones sobre el medio ambiente que superan a las producidas por la construcción de la línea inicial, basta recordar que el criterio pertinente que se ha de observar en relación con la aplicación de la Directiva 85/337 se basa en la importante repercusión sobre el medio ambiente que ‘pueda’ tener un proyecto determinado (véase, a este respecto, el artículo 1, apartado 1, así como los considerandos quinto y sexto de dicha Directiva). En estas circunstancias, no corresponde a la Comisión determinar los efectos negativos concretos que un proyecto tiene efectivamente sobre el medio ambiente. En cambio, en el presente caso la Comisión ha probado de modo suficiente en Derecho que el proyecto de que se trata está comprendido en el ámbito de aplicación de una de las disposiciones del anexo I de la citada Directiva, de modo que debe someterse obligatoriamente a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente. Por lo demás, es indiscutible que un proyecto de este tipo puede crear nuevas perturbaciones importantes, siquiera sea por la adaptación de la línea de ferrocarril para que se pueda alcanzar una velocidad de 220 km/h.”

7. Evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento en la normativa urbanística de Cataluña y en el Proyecto estatal de la ley del suelo: perspectivas de futuro

El artículo 3 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, se refiere al concepto de desarrollo urbanístico sostenible, acometiendo su definición:

“1. El desarrollo urbanístico sostenible se define como la utilización racional del territorio y el medio ambiente y comporta combinar las necesidades de

crecimiento con la preservación de los recursos naturales y de los valores paisajísticos, arqueológicos, históricos y culturales, en orden a garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras.

“2. El desarrollo urbanístico sostenible, puesto que el suelo es un recurso limitado, comporta 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, atiendan la preservación y la 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 acuerdo con la ordenación territorial, el objetivo del desarrollo urbanístico sostenible.”

La definición recoge, en definitiva, una concatenación de conceptos jurídicos indeterminados, cuya última concreción se facilitará sin duda a través de los mecanismos preventivos de evaluación, entre los que está llamado ocupar un papel destacado el relativo a la evaluación ambiental estratégica de los planes urbanísticos.

En este sentido, merece destacarse la disposición transitoria sexta, referente precisamente a la evaluación ambiental de los planes urbanísticos:

“Mientras no se transponga la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas sobre el medio ambiente, sin perjuicio de lo que establezca la legislación sectorial, el régimen de evaluación ambiental aplicable a las figuras de planeamiento urbanístico no resueltas definitivamente en el momento de la entrada en vigor de la Ley 10/2004 es el siguiente:

“1. Son objeto de evaluación ambiental:

“a) Los planes de ordenación urbanística municipal y sus revisiones.

“b) Las modificaciones del planeamiento urbanístico general que alteren la clasificación o calificación urbanística del suelo no urbanizable si la clasificación o calificación urbanística resultante comporta un cambio en los usos de este suelo.

“c) El planeamiento urbanístico derivado para la implantación en suelo no urbanizable de construcciones destinadas a las actividades de camping, así como el planeamiento urbanístico derivado que se formule para la implantación en suelo no urbanizable de equipamientos y servicios comunitarios no compatibles con los usos urbanos, de instalaciones y obras necesarias para la prestación de servicios técnicos, de estaciones de suministro de carburantes y de prestación de otros servicios de la red viaria.

“d) Los planes parciales de delimitación.

“e) Los instrumentos de planeamiento o sus modificaciones que establezcan el marco para autorizar proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental de acuerdo con lo establecido por la legislación sectorial.

“2. La documentación de las figuras de planeamiento a que hace referencia el apartado 1 debe incluir un informe ambiental con el contenido que establecen el artículo 5 y el anexo 1 de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas sobre el medio ambiente.

“3. El informe ambiental debe someterse a información pública junto con el plan o el programa, de acuerdo con lo establecido por el artículo 83.6.

“4. El plan y el informe ambiental deben enviarse al departamento competente en materia de medio ambiente para que los valore. Este trámite se rige por lo que establece el artículo 83.5.

“5. Los instrumentos de planeamiento urbanístico y las actuaciones que prevean la transformación de un ámbito continuo de superficie superior a cien hectáreas de suelo clasificado como no urbanizable, o de más de diez hectáreas de suelo clasificado como no urbanizable en los supuestos a que hace referencia el grupo 9.b) del anexo Y de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, deben someterse al procedimiento de declaración de impacto ambiental que establece el Decreto 114/1988, de 7 de abril. En estos casos, la aprobación del plan o de la actuación corresponde al consejero o consejera de Política Territorial y Obras Públicas, sin perjuicio de la competencia del Gobierno en los supuestos a que hace referencia el artículo 5 del Decreto 114/1988.”

Obviamente, la transposición de la Directiva 2001/42 se ha producido mediante la Ley 9/2006, mas el procedimiento específico de evaluación será aprobado por la comunidad autónoma, a cuyo fin la propia Ley 9/2006 corresponsabiliza.

Y a ello responde el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo, cuyo artículo 115 se refiere al procedimiento de evaluación ambiental de los planes urbanísticos:

“La evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento urbanístico que estén sometidos a ella, se integra en el procedimiento establecido en la Ley de urbanismo para su formulación y tramitación, de acuerdo con las siguientes reglas:

“a) Previamente a la presentación a trámite del plan urbanístico para su aprobación inicial, el órgano o personas que lo promuevan tienen que solicitar al órgano ambiental la emisión del documento de referencia que

determine, una vez efectuadas las consultas necesarias, el alcance del informe de sostenibilidad ambiental y los criterios, objetivos y principios ambientales aplicables, e identifique las administraciones públicas afectadas y el público interesado. A tales efectos, es preciso presentar al órgano ambiental un avance del instrumento de planeamiento con el contenido que señala el artículo 106 de este Reglamento. En el caso de que el avance se someta a información pública, bien porque sea preceptivo, bien voluntariamente, la solicitud del documento de referencia al órgano ambiental se formula simultáneamente a la información pública del avance. En cualquiera de los casos indicados, si el órgano ambiental no resuelve sobre la solicitud en el plazo de un mes desde su presentación, se pueden continuar las actuaciones.

“b) El informe de sostenibilidad ambiental, con el contenido que corresponda a cada una de las figuras de planeamiento, de acuerdo con lo que establece, en su caso, la legislación aplicable en materia de evaluación ambiental y con lo que establece este Reglamento respecto a los informes ambientales de los planes, debe formar parte de la documentación del instrumento de planeamiento objeto de aprobación inicial.

“c) El informe de sostenibilidad ambiental se somete a información pública, durante un plazo mínimo de 45 días, conjuntamente con el instrumento de planeamiento del que forma parte, después de su aprobación inicial y, simultáneamente, se tienen que efectuar las consultas que procedan, de acuerdo con lo que establezca el documento de referencia.

“d) El plan objeto del siguiente acuerdo de aprobación tiene que incorporar una memoria ambiental, en la cual, teniendo en cuenta el informe de sostenibilidad ambiental y el resultado de las consultas realizadas, se debe valorar la integración de los aspectos ambientales en la propuesta de ordenación. La memoria ambiental la realizan el órgano o personas que promuevan el plan y requiere el acuerdo del órgano ambiental, sin el cual no se puede entender producido por silencio administrativo el siguiente acuerdo de aprobación que corresponda. A tales efectos, es preciso entregar al órgano ambiental la propuesta de memoria ambiental, junto con el resto de documentos del plan exigidos por este Reglamento, que integran la propuesta que debe ser objeto del siguiente acuerdo de aprobación, y el órgano ambiental debe resolver sobre la propuesta de memoria ambiental en el plazo de un mes desde que le haya sido presentada. En el caso de que el órgano ambiental no esté conforme con la propuesta de memoria, tiene que señalar qué aspectos tienen que ser enmendados, completados o ampliados y debe dar su conformidad a la propuesta de memoria ambiental enmendada.

“e) Corresponde al órgano competente para la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento de que se trate la toma en consideración del informe de sostenibilidad ambiental y de la memoria ambiental del plan para la adopción de la resolución que corresponda. Esta toma en consideración se debe hacer constar en el acuerdo de aprobación definitiva mediante una declaración, con el contenido que establece la legislación aplicable.”

No obstante, debe dejarse constancia de que el propio Reglamento de 18 de julio de 2006 no contempla al artículo 115 como una auténtica previsión de desarrollo integral de la Ley estatal 9/2006, de 28 de abril, toda vez que su disposición transitoria duodécima, “Evaluación ambiental de los planes urbanísticos”, explicita un llamamiento para que por ley se desarrolle la Ley 9/2006, disponiendo que hasta que ello ocurra:

“tienen que ser objeto de evaluación ambiental los instrumentos de planeamiento que señala el apartado 1 de la disposición transitoria sexta de la Ley de urbanismo, sin perjuicio de la decisión previa que corresponda adoptar, caso a caso, respecto a la sujeción a evaluación ambiental de aquellos planes directores urbanísticos que se prevea que pueden tener efectos significativos sobre el medio ambiente y de los planes parciales urbanísticos que desarrollen planeamiento urbanístico general que no ha sido objeto de evaluación ambiental.”

Considera dicha disposición transitoria en su apartado segundo que:

“Los planes sometidos a evaluación ambiental, que estén en trámite en el momento de la entrada en vigor de este Reglamento, se han de sujetar a las reglas que establece el artículo 115, en los sucesivos trámites que se hayan de efectuar. En todo caso, los planes que se hayan aprobado inicialmente con posterioridad al 30 de abril de 2006, fecha de entrada en vigor de la Ley estatal 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, si ya han efectuado la información pública, habrán de completarla hasta el plazo de cuarenta y cinco días y dar cumplimiento a las reglas que establecen las letras d) y e) del artículo 115 de este Reglamento.”

Por lo que se refiere al *Proyecto de ley de suelo*, el artículo 15, relativo a la evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, remite a la Ley 9/2006 en lo atinente al sometimiento de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística a la evaluación ambiental que dicha norma regula, advirtiendo no obstante de la posibilidad de la evaluación impacto ambiental con relación a los proyectos que se requieran para su ejecución.

Mención especial merecen las previsiones contenidas en el artículo 15 en torno a la necesidad de reca-

bar determinados informes en la fase de consultas respecto de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización (informes de la Administración hidrológica, de la Administración de costas, o de las administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas), así como la inclusión del informe o memoria de sostenibilidad económica en el que se ponderará en particular el impacto de la actuación en las haciendas públicas.

El referido artículo 15 del Proyecto prevé en su apartado 5 la necesidad de que las administraciones competentes en materia de ordenación y ejecución urbanísticas, deban elevar al órgano que corresponda de entre sus órganos colegiados de gobierno, un informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística de su competencia que deberá considerar al menos la sostenibilidad ambiental y económica, informe que podrá surtir los efectos propios del seguimiento al que se refiere la Ley 9/2006.

Existe no obstante una previsión, que es la contenida en el apartado sexto del artículo 15, que por su importancia merece transcribirse expresamente:

“La legislación sobre ordenación territorial y urbanística establecerá en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación del municipio o del ámbito territorial superior en que se integre, por trascender del concreto ámbito de la actuación los efectos significativos que genera la misma en el medio ambiente.”

Finalmente, el Proyecto de la ley del suelo, publicado el 9 de marzo de 2007, diseña en su disposición transitoria cuarta lo que denomina *criterios mínimos de sostenibilidad*, apuntando que si, transcurrido un año desde la entrada en vigor de esta Ley, la legislación sobre ordenación territorial urbanística (esto es, el legislador autonómico) no establecieran en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación, esta nueva ordenación o revisión será necesaria cuando la actuación conlleve, por sí misma o en unión de las aprobadas en los dos últimos años, un incremento superior al veinte por ciento de la población o de la superficie de suelo urbanizado del municipio o ámbito territorial.

8. Evaluación de impacto ambiental como acto de trámite: doctrina del Tribunal Supremo

No puede concluirse la presente exposición sin reflexionar acerca de si el régimen jurídico de la evaluación ambiental estratégica concibe la misma, al igual que acontece con la evaluación de impacto ambiental, como un mero acto de trámite, problema más

procesal que sustantivo, que no obstante proyectaría una extraordinaria repercusión en el ámbito de los derechos de los ciudadanos, en cuanto a la imposibilidad de recurrir aquéllas de forma autónoma en vía jurisdiccional.

No se va a entrar aquí en la polémica doctrinal que al respecto se ha suscitado, pues, entiendo que la misma ha venido a ser zanjada por la STS de 17 de noviembre de 1998, a partir de la cual se viene a considerar la declaración de impacto ambiental como un acto de trámite (STS de 13 de noviembre de 2002, 25 de noviembre de 2002 y 13 de octubre de 2003).

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 17 de noviembre de 1998 (ponente, Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez), casando la STSJ de Madrid de 30 de junio de 1997, en la que se enjuiciaba de forma autónoma la declaración de impacto ambiental elaborada sobre el anteproyecto del embalse Itoiz, llega a la conclusión que dicha declaración no es sino un acto de trámite inimpugnable directamente en vía contencioso-administrativa, dado su carácter instrumental o medial respecto de la decisión sustantiva que se adopte en torno al proyecto que la motivó, integrándose en consecuencia dicha declaración de impacto ambiental en el acto autorizatorio del proyecto.

Consecuencia inmediata que se extrae de esta doctrina es que para hacer valer ante la jurisdicción contencioso-administrativa determinados derechos que el ordenamiento jurídico reconoce respecto de la declaración de impacto ambiental, habrá de impugnarse el proyecto de autorización de la obra o instalación que motiva la declaración de impacto.

En fin, las anteriores consideraciones realizadas a partir de la EIA, podrían trasvasarse, sin problemas, a la evolución ambiental estratégica, no obstante respecto de la cual, y a los efectos de otorgar una respuesta adecuada, habrán de tenerse en cuenta no sólo la posible interacción de ciertas posiciones discrepantes en torno a la jurisprudencia que conceptuó la evaluación de impacto ambiental como acto de trámite, entre las que destaca el interesante voto particular que el magistrado del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate, viene objetando a aquella doctrina desde la STS de 13 de octubre de 2003 (sobre la base de considerar que la declaración de impacto ambiental tiene naturaleza jurídica definitiva en lo que atañe a la tutela ambiental con la finalidad de prevenir y evitar actuaciones perjudiciales para el medio físico y que como tal debe ser susceptible de impugnación independiente tanto en vía administrativa como jurisdiccional), como por la circunstancia de que habrá de ser el legislador autonómico quien en última instancia establezca el correspondiente proceso de evaluación ambiental con relación a los planes urbanísticos, sin olvidar que ya han existido antecedentes legales [el

artículo 38 de la Ley canaria 11/1990, de 13 de julio, de prevención de impacto ecológico, aplicada entre otras, por las STSJ de Canarias (SCr), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de octubre de 2002], que consideraron como un acto definitivo susceptible de recursos autónomos, la declaración que culmina dichos mecanismos preventivos de evaluación.

Como novedad, debe dejarse constancia de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006 (ponente, D. Rafael Fernández Valverde), si bien referida no a un caso específico de impugnación de la declaración de impacto ambiental, sino del acto administrativo adoptado por la comunidad autónoma, de conformidad con el artículo 20 del Reglamento para la ejecución del Real decreto legislativo 1302/1986, de evaluación de impacto ambiental, a los efectos de resolver las discrepancias entre la evaluación ambiental (en el caso de autos negativa) y la decisión de continuar el proyecto sustantivo.

En dicha sentencia, se corrige la apreciación del tribunal de instancia, en lo relativo a que el acto impugnado no era la declaración de impacto ambiental, sino la resolución de discrepancias entre dicha evaluación negativa y la decisión del órgano con competencia sustantiva para la autorización del proyecto.

La sala de instancia inadmitió el recurso contencioso-administrativo basándose en la doctrina del Tribunal Supremo anteriormente enunciada en torno a la naturaleza de acto trámite de la declaración de impacto ambiental, obteniendo la consecuencia ineludible de que lo susceptible de impugnación jurisdiccional es la autorización del proyecto sustantivo de que se trate, mas no el trámite previo de evaluación de impacto ambiental.

No obstante, el Tribunal Supremo recuerda que lo impugnado es la resolución de la controversia, al haber optado el órgano sustantivo a favor de la continuidad del proyecto, haciendo caso omiso de la declaración negativa de impacto, por lo que entiende que no se está recurriendo en realidad la declaración de impacto ambiental, sino que lo impugnado es un acto con plena autonomía e independencia, pues justamente partiendo de que la declaración de impacto ambiental resuelve sobre la posibilidad o no de continuar con la tramitación del proyecto, se trataría de un acto que puede determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento, que es precisamente una de las excepciones contempladas en la artículo 25.1 de la LRJCA, para permitir la revisión jurisdiccional de los denominados *actos de trámite*.

Entiende en consecuencia que, bien se considere como acto definitivo y autónomo, por cuanto se limita a resolver sobre la discrepancia material entre dos ámbitos sectoriales del marco competencial autonómico, o bien se entienda como un acto de

trámite (de los denominados *cualificados*), no deben existir dudas en torno a la posibilidad de su independiente revisión jurisdiccional, máxime cuando la declaración negativa de impacto ambiental en el ámbito de la legislación que se aplicaba (en este caso la Ley de protección del medio ambiente de la Comunidad de Madrid) tiene carácter vinculante para el órgano de la Administración con competencia sustantiva.

Pues bien, siendo ello así, debemos recordar que el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, apunta en su artículo 9.6 que “si la evaluación de impacto ambiental es preceptiva, el planeamiento urbanístico tiene que contener las determinaciones adecuadas para hacer efectivas las medidas que contenga la declaración correspondiente”, por lo que si hay vinculación, siguiendo la propia doctrina que emana de la sentencia del Tribunal Supremo comentada, no parecen alumbrarse argumentos lo suficientemente enérgicos para negar, en estos supuestos, la impugnabilidad autónoma de la evaluación ambiental estratégica con relación a los planes urbanísticos. ■

Deber de conservación y rehabilitación de los inmuebles y derecho de realojamiento y retorno. Su interrelación con el acoso inmobiliario

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

1. El marco urbanístico en el que el acoso inmobiliario se practica.
 2. El Derecho Urbanístico establece las reglas para la transformación de la ciudad en los tres ámbitos que el ordenamiento diferencia: suelo urbano consolidado, urbano no consolidado y suelo urbanizable.
 - 2.1. El suelo urbano (consolidado y no consolidado). 2.1.1. Qué es el suelo urbano y cuándo se encuentra o no consolidado por la urbanización. 2.1.2. La transformación del suelo urbano consolidado. 2.1.3. La transformación del suelo urbano no consolidado.
 - 2.2. El suelo urbanizable.
 - 2.3. La Ley de suelo de 2007.
 3. La interrelación entre la legislación urbanística y la legislación de arrendamientos.
 - 3.1. Cuestiones generales.
 - 3.2. La regulación del deber de conservación en la Ley 29/1994, de arrendamientos urbanos: comparación con la Ley de 1964.
 - 3.3. La Ley de arrendamientos de 1964 y las disposiciones transitorias de la Ley de 1994.
 - 3.3.1. El régimen jurídico de las obras de conservación.
 - 3.3.2 La resolución de los contratos.
 - 3.4. La potestad administrativa para autorizar el derribo establecida en los artículos 78, 79 y 81 de la derogada Ley de arrendamientos urbanos de 1964.
 - 3.4.1. Planteamiento.
 - 3.4.2. Los problemas que plantea el derecho de retorno una vez derogada la LAU1964.
 - 3.4.3. Es imprescindible diferenciar entre los requisitos para poder pedir la autorización de derribo y la causa de interés general que permite concederla.
 - 3.4.4. Consecuencias de derecho y de hecho de la falta de competencias ejecutivas del Estado en materia de vivienda y urbanismo.
 - 3.5. Conclusiones.
 4. La regulación del derecho de retorno y realojamiento.
 - 4.1. Definición y alcance.
 - 4.2. Régimen jurídico vigente en Cataluña.
 - 4.2.1. Las actuaciones expropiatorias aisladas o en régimen de sistema de actuación por expropiación.
 - 4.2.2. Las actuaciones de transformación urbanística sistemática a través de sistemas de actuación de gestión privada.
 - 4.2.3. Las actuaciones urbanísticas aisladas no expropiatorias.
- Anexo: Proyecto de ley del derecho a la vivienda a Cataluña (preceptos de interés para la cuestión tratada en el trabajo).

1. El marco urbanístico en el que el acoso inmobiliario se practica

Este trabajo se realiza desde la perspectiva del Derecho Administrativo y el Derecho Urbanístico, y no aborda directamente la vertiente jurídico-administrativa del acoso inmobiliario, entendido como el conjunto de actos que se encaminan a coaccionar, intimidar, amenazar o interferir ilegítimamente en el ejercicio del derecho a la vivienda, en tanto que vulneran las reglas jurídico-administrativas reguladoras de las actividades de promoción, construcción, conservación, rehabilitación, transacción y administración de viviendas.

Nuestro objeto es delimitar el marco urbanístico en el que se produce el acoso y que ha sido construido para resolver los conflictos entre las personas titulares de los derechos y los intereses en juego en el proceso de transformación y crecimiento de las ciudades. El interés público tutelado por el urbanismo exige que la ciudad se transforme (se rehabilite y se conserve en condiciones adecuadas) y crezca (por sustitución de una parte de la ciudad existente o por expansión en nuevos suelos urbanizables). En este proceso hay derechos e intereses incompatibles con la transformación (en ocasiones los de los ocupantes legales de los bienes inmuebles) que se deben indemnizar o sustituir por otros.

El desarrollo sostenible, desde la perspectiva urbanística, en palabras del artículo 3.2 *in fine* del TRLUCat, exige establecer un modelo territorial globalmente eficiente, fundamentado en la utilización racional del territorio y el medio ambiente, para hacer compatibles las necesidades de crecimiento y la preservación de los recursos naturales, y comporta la configuración de modelos de ocupación del suelo que favorezcan la cohesión social (y el precepto añade, que eviten la dispersión al territorio, consideren la rehabilitación y la renovación en el suelo urbano y la mejora de los sistemas de vida tradicionales en las áreas rurales).

En síntesis, el desarrollo urbanístico sostenible exige que el planeamiento establezca las bases de la ordenación del territorio (rural y urbano) que hagan posible e impulsen el crecimiento económico, la cohesión

social y la preservación de los recursos naturales para garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras. Por lo tanto, las previsiones urbanísticas orientadas a garantizar el crecimiento económico no pueden marginar ni la cohesión social (que es lo que ahora nos interesa destacar) ni la preservación de los recursos naturales.

En el marco del desarrollo urbanístico sostenible, los propietarios tienen el deber de conservación y rehabilitación del patrimonio inmobiliario existente, el derecho a la transformación del suelo urbanizable o urbano no consolidado y la obligación de participar en el proceso de ejecución urbanística encaminado a la transformación de la ciudad, cuando el planeamiento lo establezca y se hayan aprobado los instrumentos de gestión urbanística que corresponda.

Los ocupantes legales de los bienes inmuebles (en propiedad, arrendamiento, precario o cualquier derecho real o personal que permita ocupar el inmueble) se ven afectados cuando la transformación y crecimiento de la ciudad comporta la realización de obras de conservación y rehabilitación en el inmueble ocupado o su derribo. Los ocupantes pueden tener derecho a la suspensión del contrato de arrendamiento, a una indemnización económica para compensar los derechos e intereses que desaparecen con el inmueble que ocupaban (que era el objeto sobre el que proyectaban su derecho), a la atribución de suelo o inmuebles en proporción del porcentaje de suelo, respecto del total sometido a transformación, que es de su propiedad, o al derecho de retorno.

En los conflictos que se producen con los ocupantes, como consecuencia directa de la transformación y crecimiento de las ciudades, las reglas de juego –las normas jurídicas, que es lo que a nosotros nos interesa– tienen un papel muy relevante para desincentivar o favorecer el acoso inmobiliario.

Estas reglas jurídicas se concentran en el régimen jurídico de derechos y deberes de los propietarios a cada clase de suelo, que hay que aplicar cuando se produce la ejecución del planeamiento en un sentido amplio: todos los actos encaminados a hacer que las previsiones del planeamiento se transformen en reales y efectivas. La ejecución en sentido amplio es

Abreviaturas:

TRLUCat: Texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio.

LS1976: Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real decreto 1346/1976, de 9 de abril.

LS1990: Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo.

LS1992: Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real decreto legislativo 17/1992, de 26 de junio.

LRSV1998: Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

LS2007: Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo.

LAU1964: Ley de arrendamientos urbanos, aprobada por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre.

LAU1994: Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.

la materialización de las determinaciones del planeamiento, con la condición de que esta materialización deberá llevarse a cabo con el cumplimiento del régimen jurídico del derecho de uso y edificación a cada clase de suelo.

Son manifestaciones de la ejecución del planeamiento en sentido amplio la sustitución de un edificio por otro, la construcción de un solar, el cambio de uso en el suelo urbano consolidado y la urbanización completa y sistemática de un ámbito para construirlo, conforme a lo previsto en el planeamiento, en el suelo urbano no consolidado y no urbanizable. Los ocupantes legales de inmuebles afectados por estas actuaciones son personas cuyos derechos e intereses se verán modificados de modo relevante cuando se produce la transformación urbanística de la ciudad (que genera importantes plusvalías). Las reglas jurídicas que la rigen ponderan los derechos de los ocupantes legales de los inmuebles que deben conservarse, rehabilitarse o desaparecer para transformar la ciudad conforme a lo previsto en el planeamiento urbanístico.

Este concepto genérico de ejecución comporta la inclusión de técnicas jurídico-públicas muy diversas, que permiten la materialización del planeamiento, y que serán el marco en el que los ocupantes legales se pueden ver afectados por comportamientos de acoso inmobiliario. Así:

–La licencia previa para autorizar construcciones, derribos y actividades.

–Los procedimientos de restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física ilegalmente alterada; los de suspensión y anulación de actos administrativos que emparen actuaciones ilegales y los sancionadores.

–Las órdenes de ejecución para garantizar el cumplimiento del deber de conservación.

–Las expropiaciones singulares para adquirir los terrenos necesarios para urbanizar espacios libres o construir dotaciones con destino público, cuando los terrenos no son de cesión gratuita obligada: a) por tratarse de sistemas locales en suelo urbano consolidado o, en general, cuando no se encuentran incluidos en unidades de actuación delimitadas en el suelo urbano no consolidado por la urbanización, y b) por tratarse de sistemas generales incluidos en la infraestructura general y orgánica del territorio que no han sido adscritos a ningún sector de planeamiento y que no se corresponden a los sistemas de infraestructuras de conexión o a los sistemas generales que corresponde costear a los propietarios del suelo urbanizable.

–La ejecución completa de ámbitos territoriales delimitados como polígonos de actuación por los sistemas de ejecución de gestión privada o pública o de expropiación.

La interrelación entre las diferentes clases de suelo y de formas de ejecución urbanística y los derechos de los ocupantes legales (con independencia del título de ocupación), se pone de manifiesto en la disposición adicional cuarta de la LS1992 (de la que sólo está vigente la regla primera). El apartado aún vigente de esta norma establece en la ejecución de actuaciones urbanísticas que requieran el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual, cuando se actúe por expropiación, la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación *deberán poner a la disposición de los ocupantes legales afectados viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetos a régimen de protección pública y superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora.*

Los apartados derogados señalaban:

a) Cuando se actúe por otro sistema que no sea el de expropiación en unidades de ejecución, no tendrán derecho de realojamiento los ocupantes legales de viviendas que, en correspondencia con su aportación de terrenos, hayan de resultar adjudicatarios de aprovechamientos de carácter residencial superiores a noventa metros cuadrados o los que pudiese establecer, como superficie máxima, la legislación protectora de viviendas. En los otros casos, la obligación de hacer efectivo el derecho de realojamiento corresponderá a la Administración actuante, en las condiciones señaladas en la regla primera (que se corresponde con lo que hemos explicado en el párrafo anterior), computándose como gastos de la actuación urbanística los de traslado y otros accesorios que recayesen sobre los ocupantes legales.

b) En las actuaciones aisladas no expropiatorias, los arrendatarios de las viviendas derribadas tendrán el derecho de retorno regulado en la legislación arrendaticia, ejercitable frente al propietario de la nueva edificación, cualquiera que sea éste. En estos casos, el propietario deberá garantizar el alojamiento provisional de los inquilinos hasta que sea posible el retorno.

Se puede advertir, por lo tanto, que la LS1990 y la LS1992 querían proteger a los ocupantes legales en el proceso de ejecución urbanística, de transformación de la ciudad, a través de la técnica del derecho de retorno y de realojamiento. Y lo hacían en todas las clases de suelo y en todos los supuestos de ejecución: expropiación y sistemas de ejecución de gestión privada y pública, por una parte, y actuaciones aisladas no expropiatorias, por la otra. A lo largo de esta ponencia explicaremos cómo estas previsiones legales han sido expulsadas del ordenamiento jurídico y cómo algún legislador autonómico (el vasco) las

ha vuelto a incorporar y cómo el catalán lo ha hecho en una parte y está en proceso de hacerlo, en otra.

La explicación que daremos del modo en que el ordenamiento protege a los ocupantes legales de viviendas en el proceso de transformación urbanística de la ciudad, tiene entre otras finalidades poner de manifiesto que es una cuestión que puede incitar o dificultar la práctica del acoso inmobiliario. Dicho en otros términos, lo hará más o menos rentable o más o menos difícil. Un ejemplo: la declaración de ruina comporta la resolución del contrato de arrendamiento sometido al régimen transitorio de la LAU1994, en prórroga forzosa y congelación de renta. Si en el ordenamiento se prevé el derecho de retorno en este caso, se hace menos rentable no atender a la obligación de conservación para provocar la ruina, y se hace más evidente la necesidad de que los arrendadores obtengan ayudas para garantizar una rentabilidad suficiente que retribuir el capital y atender a la conservación del inmueble.¹

2. El Derecho Urbanístico establece las reglas para la transformación de la ciudad en los tres ámbitos que el ordenamiento diferencia: suelo urbano consolidado, urbano no consolidado y suelo urbanizable

La legislación vigente clasifica el suelo en urbano, urbanizable y no urbanizable.

2.1. El suelo urbano (consolidado y no consolidado)

2.1.1. Qué es el suelo urbano y cuándo se encuentra o no consolidado por la urbanización

La LRSV1998, cuando regula el suelo urbano, sustituye a la establecida por la legislación de 1990 (me refiero al contenido de la LS1990, incorporado al Texto refundido de la LS1992), que se fundamentaba en considerar que: a) cada operación concreta de transformación del suelo urbano debía contribuir a hacer ciudad, mediante la técnica de la definición del apro-

vechamiento del suelo urbano susceptible de patrimonialización mediante un porcentaje respecto del aprovechamiento de concretas áreas de reparto en el suelo urbano, y b) mediante la delimitación de unidades de actuación en el suelo urbano que eran objeto de ejecución completa y sistemática, que no sólo debían contribuir a la mejora del conjunto de la ciudad mediante la cesión de aprovechamiento, sino también distribuir equitativamente entre los propietarios de la unidad de actuación el aprovechamiento que esta unidad de actuación tenía atribuido. Era en este marco en el que la LS1992 regulaba el derecho de retorno y realojamiento establecido en la disposición adicional cuarta a la que hemos hecho referencia.

La LRSV1998 y la LS2007 establecen de forma precisa los elementos que de manera nuclear obligan al planeamiento a calificar el suelo como suelo urbano.² De estas normas se deduce también que, una vez delimitado el suelo urbano, el planeamiento puede diferenciar entre ámbitos de suelo urbano consolidado por la urbanización y no consolidado (o considerarlo todo consolidado o todo no consolidado). Esta posibilidad, sin embargo, no se acompañaba en la LRSV1998 de la definición de qué es el suelo urbano consolidado por la urbanización y qué es el no consolidado. Mejor dicho, la diferenciación no es conceptual sino de resultado y sustantiva: el artículo 14 de la LRSV1998, sin definir la categoría, lleva a cabo la atribución de un régimen diferenciado de derechos y deberes en el suelo urbano consolidado por la urbanización y en el suelo urbano no consolidado por la urbanización. Este hecho explica que el Tribunal Constitucional (STC161/2001) afirme que la LRSV1998 no impide que la legislación de las comunidades autónomas precise cuáles son y cuándo se cumplen las condiciones para que el planeamiento pueda precisar que un concreto ámbito del suelo urbano tiene el carácter de consolidado o no por la urbanización.

El suelo urbano consolidado está sometido al régimen del deber de conservación y rehabilitación pre-

1. Es un ejemplo la regulación prevista en los artículos 34.2 y 35.3 del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña (texto admitido a trámite por la Mesa del Parlamento, de 19 de diciembre de 2006, BOPC de 27 de diciembre de 2006). Establecen:

“34.2. Con carácter general, y siempre que no sean responsables del correspondiente deterioro, los ocupantes legales de inmuebles que tengan su residencia habitual en edificios objeto de conservación y rehabilitación, o en edificios con resolución administrativa que los declare en ruina, tienen el derecho de retorno a cargo de la propiedad del inmueble, en los términos reconocidos por la legislación urbanística, hipotecaria y de arrendamientos urbanos.

“35.3. El Plan de rehabilitación podrá incluir actuaciones dirigidas a la rentabilización del parque privado de viviendas de alquiler con baja rentabilidad debida a la existencia de contratos anteriores al año 1985, de prórroga forzosa, consistentes en el establecimiento de convenios por parte de la Administración competente con los propietarios.

“Los convenios podrán contemplar, previo estudio económico de la finca, el establecimiento de ayudas para compensar los diferenciales entre los alquileres percibidos y los alquileres que asegurarían el equilibrio económico. Los propietarios que establezcan convenio con el departamento competente en materia de vivienda se deberán comprometer a alquilar las posibles viviendas desocupadas de la finca en régimen de alquiler protegido y a mantener las relaciones con los inquilinos con contratos de prórroga forzosa, respetándoles su derecho a la permanencia en la vivienda.”

2. Deberá calificarse como tal el suelo ya transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar consolidado por la edificación en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística e incluirá también los terrenos que en ejecución del planeamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con éste.

visto en el artículo 19 de la LRSV1998 y 9 de la LS2007 a la obligación prevista en el artículo 14.1 de la LRSV1998 de completar la urbanización para que llegue a tener la condición de solar.³ Este régimen de derechos y deberes explica que la legislación autonómica califique como suelo urbano consolidado aquel que, teniendo la condición de urbano, el planeamiento confirma en él las previsiones de urbanización y ocupación existentes. Eso quiere decir que el planeamiento en el suelo urbano consolidado no prevé ni una ordenación alternativa, ni la cesión de terrenos para viales, zonas verdes y espacios libres y para dotaciones y equipamientos para poner remedio a los déficits de una urbanización insuficiente. Eso explica que sólo completando la urbanización, si es que falta en ella algún servicio urbanístico, pueda patrimonializarse el aprovechamiento urbanístico (obtener licencia para derribar y edificar o para rehabilitar y hacerlo en los plazos previstos en la licencia y en el ordenamiento) y que se deba prestar atención al deber de conservación y rehabilitación por el hecho de que la mayor parte del suelo urbano consolidado está ocupado por edificaciones consolidadas que no son sustituidas durante largos períodos de tiempo (más aún cuando su régimen de ocupación es la propiedad horizontal).

3. "Artículo 19 de la LRSV1998. Deberes legales de uso, conservación y rehabilitación.

"1. Los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deberán destinarlos a usos que no resulten incompatibles con el planeamiento urbanístico y mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. Quedarán sujetos igualmente al cumplimiento de las normas sobre protección del medio ambiente y de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos y sobre rehabilitación urbana.

"2. El coste de las obras necesarias en virtud de lo dispuesto en el número anterior se sufragará por los propietarios o por la Administración, en los términos que establezca la legislación aplicable."

"Artículo 14 de la LRSV1998. Deberes de los propietarios de suelo urbano.

"1. Los propietarios de terrenos en suelo urbano consolidado por la urbanización deberán completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen –si aún no la tuvieran– la condición de solar, y edificarlos en plazo si se encontraran en ámbitos para los que así se haya establecido por el planeamiento y de conformidad con el mismo."

Estos preceptos se deben interpretar de acuerdo con lo dispuesto en estos artículos:

"Artículo 246.2 de la LS1992.

"2. Las obras se ejecutarán a costa de los propietarios si se contuvieren 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."

"Artículo 189 del TRLUCat. Deberes legales de uso, conservación y rehabilitación y órdenes de ejecución.

"1. Las personas propietarias de toda clase de terrenos, construcciones e instalaciones deben cumplir los deberes de uso, conservación y rehabilitación establecidos por esta Ley, por la legislación apli-

El antecedente normativo del suelo urbano no consolidado son las actuaciones mediante unidades de transformación sistemática y completa situadas en suelo urbano reguladas en la LS1992, y tiene, de acuerdo con el artículo 14.2 de la LRSV1998 y desde el punto de vista de deberes y derechos de los propietarios, un régimen jurídico casi idéntico al del suelo urbanizable. El artículo 14.2 de la LRSV1998 establece, como es sabido, que los propietarios de terrenos de suelo urbano que no tengan urbanización consolidada deberán asumir los siguientes deberes:

a) Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración todo el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio del ámbito de desarrollo en el que sus terrenos resulten incluidos.

b) Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya en el ámbito correspondiente, al efecto de su gestión.

c) Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al diez por ciento del aprovechamiento del correspondiente ámbito; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participa-

cable 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.

"2. Las personas propietarias o la Administración deben sufragar el coste derivado de los deberes a 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 las personas propietarias cuando se trate de obtener mejoras de interés general.

"3. [...]5. El incumplimiento del orden de ejecución a 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 establecen el artículo 171 y los artículos concordantes."

"Artículo 190 del TRLUCat. Declaración de estado ruinoso.

"1. Si una construcción o parte de una construcción está en estado ruinoso, el ayuntamiento, de oficio o a instancia de cualquier persona interesada, lo debe declarar, con la audiencia previa de las personas propietarias y de las personas residentes, salvo que una situación de peligro inminente lo impidiese.

"2. Se declara el estado ruinoso de una construcción o de parte de una construcción en los siguientes supuestos:

"a) Si los daños comportan la necesidad de una verdadera reconstrucción del edificio porque no son reparables técnicamente por los medios normales.

"b) Si el coste de las obras de reparación necesarias para cumplir las condiciones mínimas de habitabilidad, en el caso de viviendas u otros de similares para otros usos, es superior al cincuenta por ciento del coste de una construcción de nueva planta de características similares al existente, por lo que respecta a la dimensión y el uso.

"c) Si es preciso ejecutar obras imprescindibles para la estabilidad de la edificación y la seguridad de las personas, no autorizables en virtud del ordenamiento urbanístico en vigor.

"3. [...]"

ción de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a este suelo.

d) Proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de su ejecución material.

e) Pagar y, en su caso, ejecutar la urbanización.

f) Edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento.

La parte más sustantiva de la legislación autonómica en materia de suelo urbano es la relativa a la diferenciación entre suelo urbano consolidado y no consolidado y el régimen de derechos y deberes aplicable a los diferentes supuestos. El Tribunal Constitucional (STC 161/2001) afirma que los criterios de distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado los establece, en los límites de la realidad, cada comunidad autónoma. En consecuencia, afirma, será cada comunidad autónoma, al fijar los criterios de consolidación para urbanización, la que determinará también qué inmuebles deberán soportar los deberes de cesión y cuáles no.

El régimen específico de derechos y deberes que impone el artículo 14.2 de la LRSV1998 para el suelo urbano no consolidado exige incluir en esta categoría de suelo por lo menos dos supuestos:

a) Las actuaciones urbanísticas integradas, incluidas en polígonos de actuación, que tienen por objeto completar el tejido urbano en ámbitos que en su mayor parte no han sido objeto previamente de transformación urbanística. Se trata de aquella parte del suelo urbano que, habiendo estado calificada como tal por el hecho de estar consolidada la edificación en el porcentaje que establezca cada legislador autonómico (habitualmente dos terceras partes siguiendo el criterio de la LS1976), tenga una notable falta de servicios urbanísticos y de espacios libres y de dotaciones.

b) El crecimiento de la ciudad por sustitución o en vertical. Son los ámbitos de suelo urbano en los que

el planeamiento establece una ordenación alternativa y prevé un nuevo modelo urbanístico respecto del preexistente. Se trata de un planeamiento que establece una nueva estructura fundamental del ámbito por razón de la creación de nuevos sistemas, la implantación de usos principales diferentes a los existentes, o la sustitución de la edificación existente por el establecimiento de nuevos criterios de ordenación. Los supuestos explicados con una u otra terminología están recogidos por la mayor parte de las legislaciones autonómicas.⁴

En ambos casos se incluyen dos realidades muy distintas que la legislación urbanística no delimita con precisión. La primera, las áreas de la ciudad en las que existen muchas plusvalías subyacentes como consecuencia del crecimiento de la ciudad y en las que el precio de la venta de las nuevas edificaciones se quiere que sea el mecanismo que dé viabilidad económica e interés a los inversores privados en la sustitución total del que existe y en la creación de una nueva ciudad (que comporta necesariamente para su financiación el desplazamiento, por lo menos parcial, de la población residente).

La segunda, las áreas que exigirán fuertes inversiones públicas para poder proceder a la sustitución o renovación del tejido urbano existente. Se trata de las áreas más degradadas para las que se prevé una reordenación urbanística, sin desplazamiento de la población residente. En este caso los precios de venta y la ocupación por terceros con niveles de renta superiores a la población originaria no pueden ser el mecanismo que impulse económicamente la operación de transformación urbanística.

En todos los supuestos de suelo urbano no consolidado será exigible la delimitación de polígonos de actuación que delimiten el ámbito en el que de forma efectiva deberá darse cumplimiento al régimen de derechos y deberes establecido por el artículo 14.2 de la LRVS1998. Un régimen de derechos y deberes

4. A título de ejemplo:

Ley 2/2006, de 30 de junio, del suelo y urbanismo del País Vasco. "Artículo 11.3.

"Los terrenos clasificados como suelo urbano conforme a lo dispuesto en el presente artículo deberán ser adscritos a las siguientes categorías:

"a) [...]

"b) Suelo urbano no consolidado, que comprende los terrenos que la ordenación urbanística adscriba a esta clase de suelo por concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

"1. Carecer de urbanización consolidada por:

"a) No comprender la urbanización existente las dotaciones, servicios e infraestructuras precisos exigidos por la ordenación urbanística o carecer unos y otros de la proporción, las dimensiones o las características adecuadas exigidas por la misma para servir a la edificación que sobre ellos exista o se hubiera de construir.

"b) Precisar la urbanización existente de renovación, mejora o rehabilitación que deba ser realizada mediante la transformación

urbanística derivada de la reordenación o renovación urbana, incluidas las dirigidas a establecimiento de dotaciones."

Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía.

"Artículo 45. Suelo urbano.

"[...] B) Suelo urbano no consolidado, que comprende los terrenos que adscriba a esta clase de suelo por concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

"a) Carecer de urbanización consolidada por:

"1. No comprender la urbanización existente todos los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos precisos, o unos u otras no tengan la proporción o las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir.

"2. Precisar la urbanización existente de renovación, mejora o rehabilitación que deba ser realizada mediante actuaciones integradas de reforma interior, incluidas las dirigidas al establecimiento de dotaciones."

desarrollado por la legislación autonómica en los aspectos que señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia 161/2001.⁵

Finalmente, hay que advertir que algunas legislaciones autonómicas han introducido un nuevo supuesto de suelo urbano no consolidado: las actuaciones urbanísticas aisladas que dan lugar a un incremento del aprovechamiento urbanístico por razón de la transformación de los usos preexistentes o del aumento de la edificabilidad [el artículo 40.2.c) del Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por el Decreto 305/2006; el artículo 11 de la Ley 2/2006, del suelo y urbanismo del País Vasco; el artículo 45.3.b) del Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto legislativo 1/2004; el artículo 45 de la Ley 7/2002, de ordenación urbanística de Andalucía].

2.1.2. La transformación del suelo urbano consolidado

En el suelo urbano consolidado, con la actual regulación estatal, la transformación está en manos de la propiedad privada sometida a las técnicas de control de policía administrativa ejercidas, principalmente, a través de las licencias de edificación y uso y de las órdenes de ejecución. La consecuencia es que la transformación de una gran parte del suelo urbano consolidado no depende del ejercicio de potestades administrativas. Las posibilidades de transformación, de renovación y de mejora de este suelo dependen de la decisión de los propietarios condicionados: a) por la legislación jurídico-privada, especialmente, la legislación de arrendamientos urbanos y la legislación de propiedad horizontal, y b) por las condiciones de la oferta y la demanda del mercado inmobiliario en el sector concreto donde se encuentra el edificio.

Es una situación conocida: a nuestras ciudades las van regenerando, cambiando y modificando en el ámbito del suelo urbano consolidado las promociones inmobiliarias privadas. Los promotores, para realizar transformaciones aisladas en el suelo urbano consolidado, precisan de un crecimiento constante y desmesurado del precio del suelo urbano, en una espiral sin fin. Para obtener suelo, cada vez y en cada concreta ocasión, han de vencer las exigencias de los

propietarios y arrendatarios que, al precio inmediatamente inferior del mercado, aún no estaban dispuestos a vender y desocupar los inmuebles para derruirlos y sustituirlos.

Es en este proceso en el que se producirá la negociación o, en su caso, la aplicación de las causas legales de resolución de los contratos de arrendamiento o de incremento de su renta como consecuencia de atender a requerimientos administrativos o judiciales para conservar o rehabilitar el inmueble arrendado. También en este marco se producen los episodios de acoso inmobiliario que han tenido mayor repercusión pública.

El resultado de todo ello es que gran parte de la ciudad existente (el suelo urbano consolidado) queda sometida, desde el punto de vista urbanístico, básicamente, a dos únicos preceptos de la LRSV1998 (los artículos 14.1 y 19) y a la regulación autonómica del deber de conservación y rehabilitación y del régimen jurídico de la declaración de ruina.

2.1.3. La transformación del suelo urbano no consolidado

De acuerdo con la legislación vigente, el planeamiento urbanístico en concretos ámbitos del suelo urbano, en concreto en los que define como suelo urbano no consolidado, establece una ordenación alternativa a la existente que exige un proceso de transformación completa y sistemática. Este tipo de suelo definido por el planeamiento tiene, como decíamos, una estructura legal de derechos y deberes de los propietarios prácticamente idéntica a la del suelo urbanizable, y las técnicas de transformación son también prácticamente las mismas.

En este régimen de derechos y deberes la ejecución urbanística se realiza por ámbitos completos (polígonos de actuación) y de forma sistemática, con la consiguiente desaparición de todos los derechos incompatibles con el planeamiento que se ejecuta y el derribo de todas aquellas edificaciones que sean también incompatibles con este planeamiento. Los ocupantes legales en ocasiones verán desaparecer los inmuebles sobre los que ostentaban derechos, que serán sustituidos por una indemnización económica, aprovechamiento urbanístico si son propietarios o un eventual derecho de retorno, en los tres supuestos, en las condiciones que establecen las normas aplicables.⁶

5. En relación con los apartados a) y b) del artículo 14.2 de la LRSV1998, al legislador autonómico le corresponde establecer el modelo de dotaciones urbanísticas públicas y la distinción entre dotaciones públicas locales y sistemas generales. En relación con el apartado c) del artículo, la competencia autonómica permite reducir el porcentaje de cesión de aprovechamiento, disponer respecto de si el suelo cedido deberá aportarse o no libre de costes de urbanización; determinar el aprovechamiento urbanístico, determinar el ámbito de la equidistribución (todo el suelo urbano no consolidado o bien unos ámbitos concretos) y la forma de calcular el apro-

vechamiento urbanístico patrimonializable. Por lo que respecta a la letra d), el legislador autonómico deberá establecer las técnicas o instrumentos concretos de equidistribución y seleccionar los sujetos que puedan o estén obligados a elaborar estos instrumentos.

6. Fundamento legal de las afirmaciones anteriores.

"Artículo 121 del TRLUCat.

"Efectos de la aprobación de los proyectos de reparcelación.

"El acuerdo de aprobación de un proyecto de reparcelación produce esencialmente los efectos económicos y jurídicos reales siguientes:

2.2. El suelo urbanizable

La LRSV1998 define el suelo no urbanizable en el artículo 9, y en el 10 califica como urbanizable el suelo residual, el que no es clasificado por el planeamiento ni como urbano ni como no urbanizable. La STC 161/2001 establece que no es posible considerar inconstitucional el artículo 10 por el hecho de que determine el carácter residual del suelo urbanizable. Este carácter residual no configura un modelo urbanístico porque, para el Tribunal Constitucional, la LRSV1998 permite a los entes competentes en materia de urbanismo un amplio poder de decisión para clasificar el suelo como urbano y como no urbanizable. El segundo inciso del artículo 10 adquiere relieve por el hecho de que hace referencia a que la transformación del suelo urbanizable tendrá lugar “en los términos establecidos en la legislación urbanística y el planeamiento aplicable”. El Tribunal Constitucional afirma que la clasificación residual del suelo urbanizable sólo actúa por defecto de la expresa clasificación como suelo no urbanizable.

La sentencia 161/2001 permite al legislador autonómico establecer que el planificador urbanístico clasificará el suelo como no urbanizable atendiendo al criterio de imposibilidad de transformación urbanística (por el hecho de que la legislación o la planificación sectorial, la legislación reguladora del dominio público, determina un régimen incompatible con la transformación urbanística) y, también, la de inadecuación para el desarrollo urbano (porque los terrenos tienen los valores o cumplen las finalidades que figuran expresamente en el artículo 9.2 ahora vigente, o por otras circunstancias, que, ponderadas por el planeamiento urbanístico y de acuerdo con su modelo de ordenación, justifican que se excluyan de la transformación urbanística). En definitiva, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, hay que entender que los valores y las finalidades que establece el artículo 9.2 son algunos, entre otras circunstancias, de los que permiten que el planificador urbanístico (que aprueba el planeamiento general a que aún hace referencia el apartado 2 en la redacción

ahora vigente) determine que los terrenos no son adecuados para desarrollo urbano.

Ello justifica que el artículo 33 del TRLUCat, de modo muy similar a la mayoría de las leyes autonómicas sobre urbanismo, establece que constituyen el *suelo urbanizable* los terrenos que el plan de ordenación urbanística municipal correspondiente considere necesarios y adecuados para garantizar el crecimiento de la población y de la actividad económica, y que el suelo urbanizable debe ser cuantitativamente proporcionado a las previsiones de crecimiento de cada municipio y debe permitir, como parte del sistema urbano o metropolitano en que se integra, el despliegue de programas de suelo y de vivienda.

Las cargas para poder patrimonializar el aprovechamiento urbanístico quedan establecidas en el artículo 18.2 de la LRSV1998 y coinciden con las previstas en el artículo 14.2, salvo la obligación específica de los propietarios del suelo no urbanizable de “Pagar y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación y, en su caso, las obras necesarias para la ampliación o refuerzo de estos sistemas requeridos por su dimensión y densidad y las intensidades de uso que ésta genere, de conformidad con los requisitos y condiciones que establezca el planeamiento general”.

La ejecución del planeamiento en esta clase de suelo se realiza de la misma forma que en el suelo urbano no consolidado y, también, los ocupantes legales verán desaparecer los inmuebles, cuando sean incompatibles con el planeamiento que se ejecuta, sobre los cuales ostentaban derechos, que serán sustituidos por una indemnización económica, aprovechamiento urbanístico si son propietarios o un eventual derecho de retorno, en los tres casos, en las condiciones que establecen las normas aplicables.

2.3. La Ley de suelo de 2007

El Proyecto de ley del suelo, actualmente en trámite parlamentario, reforma de manera sustancial la LRSV1998 en materia de valoraciones. Este hecho

todos ellos, el proyecto de reparcelación puede determinar una indemnización en metálico o, alternadamente, la adjudicación de las parcelas resultantes en proindiviso, salvo que la cuantía de los derechos no llegué al 15% de la parcela mínima edificable, en cuyo caso la adjudicación se debe sustituir necesariamente por una indemnización en metálico.

“2. [...]”

“3. En suelo urbano, para facilitar los procesos de reforma interior y de rehabilitación, los proyectos de reparcelación pueden adjudicar en régimen de propiedad horizontal edificaciones existentes que sean adecuadas al planeamiento urbanístico.”

“[...]”

“e) La extinción o la transformación de derechos y de cargas, de acuerdo con la legislación aplicable.”

“Artículo 120 del TRLUCat.

“1. Los proyectos de reparcelación deben tener en cuenta los siguientes criterios:

“a) El derecho de las personas propietarias, si no hay acuerdo unánime, es proporcional a la superficie de las fincas originarias respectivas en el momento de la aprobación definitiva de la delimitación del polígono de actuación urbanística. [...]”

“d) Si la escasa cuantía de los derechos de algunos propietarios o propietarias no permite adjudicarles parcelas independientes a

tiene como consecuencia que la Ley, para delimitar los derechos y deberes de los propietarios, sustituya la técnica de clasificación del suelo, concebida como marco por establecerlos desde la LS76 hasta la LRSV1998. La LS2007 no establece criterios de clasificación del suelo y opta por diferenciar entre situación y actividad y entre el estado y el proceso de transformación del suelo. En cuanto al primero (situación y actividad) define los dos estados básicos en que puede encontrarse el suelo según sea su situación actual –rural o urbana.

En cuanto al estado y proceso de transformación del suelo, el Proyecto de ley establece el régimen de las actuaciones urbanísticas de transformación del suelo, que son las que generan las plusvalías en las que debe participar la comunidad por exigencia de la Constitución. La Ley establece, conforme a la doctrina constitucional, la horquilla en la que puede moverse la fijación de esta participación. Lo hace posibilitando una mayor y más flexible adecuación a la realidad y, en particular, al rendimiento neto de la actuación de que se trate o del ámbito de referencia que se insiera, aspecto este que hasta ahora no era tenido en cuenta.

La definición y el régimen de las actuaciones urbanísticas de transformación del suelo se regulan en los artículos 14 y 16 de la LS2007. El primer precepto define de forma indirecta el suelo urbanizable y el suelo urbano no consolidado, por ser en esta clase de suelo donde se producirán las actuaciones sistemáticas y completas de transformación urbanística.

Las actuaciones de transformación urbanística incluyen:

1) Las de nueva urbanización, que suponen el paso de un ámbito de suelo de la situación de suelo rural a la de urbanizado para crear, junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente y conectadas funcionalmente con la red de los servicios exigidos por la ordenación territorial y urbanística. *Estas actuaciones vienen a coincidir con el suelo que se clasifica como urbanizable en la LRSV1998.*

2) Las que tienen por objeto reformar o renovar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado (actuaciones de urbanización) y las actuaciones de dotación. Estas actuaciones de dotación son las que tienen por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no

requieran de la reforma o renovación integral de la urbanización de éste. *Las actuaciones de reforma y renovación de la urbanización y las actuaciones de dotación vienen a coincidir con el suelo que se clasifica como urbano no consolidado en la LRSV1998.*

El artículo 16 define los deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística, de forma homóloga a la regulación del artículo 14.2 y 18 de la LRSV1998, pero con las siguientes modificaciones:

–El porcentaje de cesión de aprovechamiento estará libre de cargas de urbanización y se concreta mediante un porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación. Con carácter ordinario, el porcentaje no será superior al quince por ciento del atribuido en el polígono (excepcionalmente puede incrementarse hasta el veinte por ciento), ni inferior al cinco por ciento. Debe destacarse que en las actuaciones de dotación el porcentaje de cesión de aprovechamiento se entenderá referido al incremento de la edificabilidad medio.

–Al definir las infraestructuras de conexión que deben financiarse por los propietarios del polígono, incluye las obras e infraestructuras de potabilización, suministro y depuración de agua que se requieran conforme a su legislación reguladora.

–Obliga a garantizar el realojamiento y el retorno de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, cuando tengan derecho a ello y en los términos establecidos en la legislación vigente. Esta regulación, hay que advertirlo, no añade nada al régimen actualmente vigente.

La LS2007 utiliza una terminología diferente y técnicas diferentes a las utilizadas hasta ahora por el legislador estatal en materia de suelo y régimen de valoraciones, pero el resultado de las modificaciones, a los efectos que aquí interesa, no es relevante. El régimen de derecho y deberes de los propietarios en el proceso de transformación urbanística en el suelo urbano no consolidado y en el suelo urbanizable se modifica en el detalle, pero continúa configurándose como el marco en el que los ocupantes legales verán cómo desaparecen los inmuebles sobre los que ostentaban derechos, si son incompatibles con la ejecución del planeamiento. Los derechos de estos ocupantes legales serán objeto de indemnización dineraria o serán sustituidos por aprovechamiento urbanístico y, en determinados supuestos, los ocupados legales tendrán el derecho de retorno.

Por lo que respecta al suelo urbano consolidado, el artículo 9^º de la LS2007 realiza una regulación del deber

7. Artículo 9 de la LS2007.

“1. El derecho de propiedad del suelo comprende, cualquiera que sea la situación en que éste se encuentre, los deberes de dedicarlo

a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlo en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, sanidad,

de conservación que no modifica, por lo que respecta al suelo urbano consolidado, sustancialmente, el artículo 19 de la LRSV. De hecho, las modificaciones sólo son sustantivas por lo que respecta a los propietarios de suelo rústico, respecto de los cuales se concretan obligaciones muy significativas respecto de la conservación de las fincas.

3. La interrelación entre la legislación urbanística y la legislación de arrendamientos

3.1. Cuestiones generales

La interrelación entre la legislación urbanística y la legislación de arrendamientos urbanos ha sido desde siempre muy intensa porque la ciudad consolidada que se transforma de acuerdo con el planeamiento urbanístico vigente (y progresivamente hace real la ordenación prevista), no sólo debe sustituir o rehabilitar edificios, sino también eliminar o transformar los derechos sobre los bienes inmuebles incompatibles con la ejecución del planeamiento.

La literatura sobre rehabilitación afirma que los problemas de conservación de las edificaciones no derivan de modo principal o exclusivo de la insuficiencia de la regulación urbanística y de la falta de medios de las administraciones locales para imponer el deber de conservación, sino de hechos más complejos y ligados a factores jurídico-privados, económicos y sociales. Sin necesidad de hacer referencia a las estadísticas que aportan las revistas especializadas en construcción y rehabilitación, se puede afirmar que lo que determina la no-realización de obras de entidad significativa en materia de rehabilitación son motivos ligados con el régimen de ocupación y la situación económica de los ocupantes.

accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación.

“En el suelo urbanizado a los efectos de esta Ley que tenga atribuida edificabilidad, el deber de uso supone el de edificar en los plazos establecidos.

“En el suelo que sea rural a los efectos de esta Ley, o esté vacante de edificación, el deber de conservarlo supone mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, para la seguridad o salud públicas, daño o perjuicio a terceros; prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas; y mantener el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo.

“2. [...]”

8. La doctrina civilista distingue entre las leyes especiales civiles, que están constituidas por el derecho civil no codificado, y las leyes excepcionales, que son las que se oponen a los principios genera-

El mal estado de las edificaciones no obedece a una actitud generalizada de los propietarios de desatender la conservación de las viviendas que ocupan (creemos que a pesar de que no existe una cultura de conservación en nuestro entorno muy extendida, es indudable que todo el mundo tiene cuidado, dentro del límite de sus posibilidades económicas y de su sensibilidad, de no malbaratar su patrimonio). La conservación deficiente del patrimonio inmobiliario se produce con mucha más intensidad cuando las viviendas se ocupan en régimen de arrendamiento sometido originalmente a la LAU1964 (ahora a las disposiciones transitorias de la LAU1994), en régimen de propiedad horizontal al que han accedido antiguos arrendatarios de un bajo nivel económico o cuando se trata de barrios cuya estructura se fundamenta en clases populares o de bajo poder adquisitivo (la cuestión es mucho más evidente en los barrios marginales o suburbiales).

La postura del propietario de una edificación ocupada totalmente, o parcialmente, por un arrendatario es el resultado de la formalización de un contrato cuyo contenido se encuentra sujeto a normas de derecho necesario previstas por la legislación especial de arrendamientos (más intensas en el arrendamiento de viviendas y menos intensas en el arrendamiento para usos diferentes de la vivienda).⁸

El control y la limitación sobre los contratos de arrendamientos urbanos son característicos de principios del siglo xx. Como señala Fernando López Ramón,⁹ el surgimiento de los regímenes especiales en materia de arrendamientos urbanos que altera la regulación liberal se produce en el Europa Occidental sobre todo a partir de la Primera Guerra Mundial. En palabras de Gambaro, mencionado por el mismo autor, surgen porque no podían sustraer a los trabajadores de sus empleos, enviarlos al frente de guerra y, al mismo tiempo, amenazar a las familias con el desahucio por no

les que resultan o pueden derivarse del Código Civil, entre las que es un ejemplo paradigmático la Ley de arrendamientos urbanos de 1946 y la de 1964, que establecen la prórroga forzosa de los contratos y una importante lista de limitaciones en la autonomía de la voluntad de las partes que contrata. CASTAN TOBEÑAS afirma que nos encontramos ante un derecho excepcional, singular e irregular o anómalo: *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, puesto al día por Ferrandis Reus, Madrid, 1986, p. 349. LA CRUZ señala que la legislación arrendataria es de carácter excepcional, como providencia para resolver necesidades contingentes con soluciones de emergencia contrarias al derecho común de nuestro sistema económico. No constituye, para este autor, un derecho especial, disciplina con vocación de permanencia con relación a un concreto orden de relaciones, sino un conjunto de normas extravagante del Derecho civil, sometida a variaciones frecuentes y sin perspectivas de constituir en el futuro una materia autónoma: *Elementos de Derecho Civil II*, vol. III, Bosch, Barcelona 1986, p. 211.

9. Fernando LÓPEZ RAMÓN. *La potestad gubernativa de derribo en la legislación arrendataria urbana*, Madrid, 1981, p. 18.

satisfacer los aumentos de renta que requería el arrendador; estos argumentos justifican una política de control público de las rentas arrendatarias.

En el Estado español la escasez de viviendas condujo, también, a la publicación de disposiciones especiales extraordinarias, transitorias, iniciadas por el Real decreto de 8 de junio de 1920 y dirigidas a proteger a los inquilinos del desahucio y del aumento de las rentas. La política de arrendamientos se articula, como es sabido, sobre dos beneficios concedidos al arrendatario: la prórroga forzosa del contrato y la congelación de las rentas. En resumidas cuentas, aunque, por una parte, contribuye a solucionar el problema de la vivienda contribuye, sin embargo, al deterioro de los edificios y a un insistente esfuerzo de los propietarios por eliminar físicamente las edificaciones alquiladas que no les son rentables. Esta tensión iniciada con la Primera Guerra Mundial ha estado prolongada en el Estado español hasta prácticamente el año 1994, y prolongada a día de hoy por su régimen transitorio.

La regulación establecida por la Ley 29/1994 para los contratos que se formalicen a partir de su entrada en vigor y las disposiciones transitorias primera a cuarta, que fijan el sistema de derechos y deberes de arrendadores y arrendatarios de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor a la nueva ley, debe permitir que progresivamente los mercados de alquiler de viviendas y de alquiler de inmuebles para usos diferentes a la vivienda se rijan fundamentalmente por la autonomía de la voluntad de las partes que contratan, en el marco de las políticas públicas para impulsar un mercado de alquiler eficiente y asequible.

Todo ello obliga a una reflexión: la relación del deber conservación y la declaración de ruina con una de las únicas políticas de vivienda asequible que ha conocido nuestro Derecho positivo, que es la explicada en los párrafos anteriores. Me refiero a poner en relación el deber urbanístico de conservación con la protección del inquilino sujeto a las disposiciones transitorias de la legislación de arrendamientos urbanos de 1994, que continúan estableciendo las técnicas de prórroga forzosa del contrato para el arrendador y el incremento tasado por criterios legales de la renta arrendataria.

3.2. La regulación del deber de conservación en la Ley 29/1994, de arrendamientos urbanos: comparación con la Ley de 1964

El artículo 21 de la LAU1994 establece que el arrendador está obligado a llevar a cabo, sin derecho a elevar la renta, todas las reparaciones que sean necesarias

para conservar la vivienda en condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo que el deterioro que se tenga que reparar sea imputable al arrendatario. Esta previsión es prácticamente equivalente a la Ley de arrendamientos urbanos de 1964, pero hay que tener en cuenta que se realiza en un marco normativo totalmente diferente, que ya no prevé la prórroga forzosa y pretende agilizar el mercado de viviendas de alquiler por medio, entre otros mecanismos, de la regulación de la duración del contrato.

La obligación de reparación tiene como límite la destrucción de la vivienda por causa no imputable al arrendador, lo cual nos conduce al régimen de extinción del arrendamiento regulado en el artículo 28, que afirma que el contrato de arrendamiento se extinguirá por la pérdida de la finca arrendada por causa no imputable al arrendador y por declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente.

Esta regulación de la LAU1994 es diferente a la de la LAU1964. La nueva ley prevé la pérdida de la finca arrendada como un supuesto de extinción del contrato, mientras que en la ley anterior era una causa de resolución,¹⁰ aunque el propio artículo 28 atenúa la diferencia cuando dispone la extinción por pérdida de la finca arrendada no imputable al arrendador (lo cual quiere decir que sí es posible la extinción del contrato por la pérdida del objeto imputable al arrendatario) e incluye, dentro de las causas de extinción, el supuesto de declaración de ruina.

Otra diferencia entre el artículo 28 de la LAU1994 y el artículo 118 de la LAU1964 radica en el hecho de que no establece un parámetro de coste económico de la reparación equivalente a la pérdida o la destrucción de la finca arrendada y con los mismos efectos que aquella pérdida o destrucción (no recoge la causa de resolución por siniestro prevista en el artículo 118 de la Ley de 1964 cuando el coste de las obras necesarias supera el cincuenta por ciento de su valor real; se excluye el valor del suelo).

Esta regulación de la Ley de 1994 no plantea problemas de futuro por el hecho de que cada parte pacta libremente la duración de los contratos, a pesar de tener una duración mínima, en el caso de la vivienda, de cinco años exigibles por el arrendatario, pero sin la prórroga obligatoria. En este marco, la obligación de conservar y la extinción por pérdida de la cosa no deben trascender a problemas de seguridad de las edificaciones y de orden público, por el hecho de que el precio de alquiler de una vivienda concreta no significa una situación de ventaja con respecto al mercado en general ni una carga para el arrendador. Esta

10. La diferencia no es tan sólo terminológica, ya que la resolución exige la existencia de determinados presupuestos para su efectividad, como sería que una de las partes no cumple con las

obligaciones propias de la relación arrendataria, presupuestos que no se dan en la extinción desde el momento en que opera de manera automática, si se pierde el objeto del contrato.

afirmación es aún más válida por lo que respecta a los arrendamientos para uso diferente a la vivienda en la que la falta de intereses sociales para proteger, en la nueva regulación, ha otorgado la prevalencia a la autonomía de la voluntad.

3.3. La Ley de arrendamientos de 1964 y las disposiciones transitorias de la Ley de 1994

La cuestión, perfectamente conocida, resulta del hecho de que muchos de los contratos de arrendamiento de vivienda que aún despliegan efectos jurídicos se firmaron al amparo de la LAU1964¹¹ y que la mayoría de los inmuebles actualmente alquilados que plantean problemas de conservación están también bajo el amparo de esta legislación. Por lo tanto, quedan sometidos a lo que disponen las disposiciones transitoria segunda y tercera de la LAU1994, que establecen, una vez afirmada la aplicación de la LAU1964 en lo que no prevén y que no haya sido derogado, entre otros aspectos, el régimen de actualización de renta y la de la repercusión al arrendatario del coste de las obras de reparación. Con relación a este régimen normativo, en tanto que trasciende a los problemas de conservación de los inmuebles, nos interesa destacar dos aspectos.

3.3.1. El régimen jurídico de las obras de conservación

De conformidad con la LAU1964, corresponde al arrendador la realización de las reparaciones necesarias con el fin de conservar la vivienda o local de negocio arrendado en el estado adecuado para el uso convenido (artículo 107). Se establece un régimen excepcional o

transitorio de repercusión de las obras realizadas,¹² se permite que el arrendatario exija la realización de las obras y si se trata de reparaciones urgentes, dirigidas a evitar daños inminentes o incomodidades graves, se legitima al arrendatario para realizarlas y repercutir el coste al arrendador (artículos 109 y 110), dando por sentado que el arrendador no es responsable de las obras de reparación causadas por el uso negligente del arrendatario del inmueble (artículo 111).

Este régimen jurídico ha dado lugar a conflictos jurídicos que han llegado a los tribunales, los cuales han dictado sentencias que han permitido ir delimitando de forma progresiva el concepto de reparaciones necesarias y de las reparaciones de mejora que no eran susceptibles de ser exigidas. Por otro lado, según la doctrina jurisprudencial consolidada, los arrendatarios están obligados a instar a la realización de las obras de reparación necesarias para que una vez la falta de estas reparaciones produzca la situación de ruina de la finca y la resolución por esta causa del contrato de alquiler, puedan exigir responsabilidad patrimonial por negligencia del arrendador.

Es conocida la resistencia de los arrendadores a hacer obras de reparación en las fincas de las que obtienen rentas muy bajas y están sujetos a contratos sometidos a prórroga forzosa que, como sabemos, es uno de los orígenes de los problemas de conservación en determinados ámbitos o áreas de la ciudad. Por este motivo, el derecho transitorio de la LAU1994 efectúa una regulación específica de la repercusión de las obras de reparación en la disposición transitoria segunda, apartado 10.3.¹³ Destaca que la repercu-

11. También al amparo del Real decreto ley 2/1985, de 30 de abril, el cual recordamos que estableció en su artículo 9 que los contratos de arrendamiento que se celebrasen a partir de su entrada en vigor tendrían la duración que libremente estipulasen las partes que contratasen, sin resultar aplicable el régimen de prórroga forzosa y sin perjuicio de la tácita reconducción, único extremo que singulariza estos contratos que, para el resto, se sometían a las disposiciones de la Ley de arrendamientos de 1964.

12. El artículo 108 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964 establece que el arrendador podrá exigir al arrendatario, en compensación parcial del importe de las obras de reparación, el adeudo del doce por ciento anual del capital invertido, cuando se trata de contratos de arrendamiento que ya se habían celebrado cuando entra en vigor esta Ley. Se pretende compensar al arrendador entre la diferencia de las rentas antiguas, muy bajas, y las rentas más modernas, es decir, más adecuadas al mercado. Este porcentaje se distribuye entre todos los arrendatarios, si las obras son comunes, o entre los afectados, si se limitan a la vivienda o local de negocio que ocupan, en proporción a las rentas que satisfacen, sin que el aumento pueda exceder del cincuenta por ciento de la renta anual, el cual no se considerará renta, sino asimilado a renta y se hará efectivo por recibos complementarios mensuales.

13. Por la importancia de esta disposición transitoria, la transcribimos: "Podrá repercutir en el arrendatario el importe de las obras de reparación necesarias para mantener la vivienda en estado de ser-

vir para el uso convenido, en los términos resultantes del artículo 108 del Texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964 o de acuerdo con las siguientes reglas:

"1. Que la reparación haya sido solicitada por el arrendatario o acordada por resolución judicial o administrativa firme.

"En caso de ser varios los arrendatarios afectados, la solicitud deberá haberse efectuado por la mayoría de los arrendatarios afectados o, en su caso, por arrendatarios que representen la mayoría de las cuotas de participación correspondientes a los pisos afectados.

"2. Del capital invertido en los gastos realizados, se deducirán los auxilios o ayudas públicas percibidos por el propietario.

"3. Al capital invertido se le sumará el importe del interés legal del dinero correspondiente a dicho capital calculado para un período de cinco años.

"4. El arrendatario abonará anualmente un importe equivalente al diez por ciento de la cantidad referida en la regla anterior, hasta su completo pago.

"En caso de ser varios los arrendatarios afectados, la cantidad referida en la regla anterior se repartirá entre éstos de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 2 del artículo 19 de la presente Ley.

"5. La cantidad anual pagada por el arrendatario no podrá superar la menor de las dos cantidades siguientes: cinco veces su renta vigente más las cantidades asimiladas a la misma o el importe del salario mínimo interprofesional, ambas consideradas en su cómputo anual."

sión se puede realizar en la forma prevista en el artículo 108 de la LAU1964 o en la forma específica regulada en la disposición transitoria que hemos mencionado.¹⁴ Si se opta por el régimen previsto en la disposición transitoria, se observan dos aspectos importantes: en primer lugar, que las reparaciones se pueden repercutir, cuando no las han pedido los arrendatarios, si hay una resolución judicial o administrativa firme, con lo cual la actuación de los ayuntamientos vuelve a ser un referente para la aplicación de la normativa de la Ley de arrendamientos urbanos; en segundo lugar, que es posible repercutir, a lo largo de diez años, el capital invertido más el interés legal de este capital calculado por un período de cinco años, siempre que no supere la menor de las dos siguientes cantidades: cinco veces la renta vigente más las cantidades asimiladas o el importe del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM), que a partir de la aprobación del Real decreto ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, sustituye el indicador salario mínimo interprofesional (el artículo 2.3 del Real decreto ley 3/2004 establece que “a partir de la entrada en vigor de este Real decreto ley, las referencias al salario mínimo interprofesional contenidas en normas vigentes del Estado, cualquiera que sea su rango, se entenderán referidas al IPREM, salvo las señaladas en el artículo 1 de este Real decreto ley y en sus normas de desarrollo”).

Esta norma de repercusión tiene gran trascendencia en la actuación de las corporaciones locales con relación al deber de conservación, ya que las órdenes de ejecución serán el acto legitimador de la repercusión, y la repercusión puede tener unos efectos importantísimos sobre el equilibrio económico de determinadas familias, por el hecho de que

multiplicar por cinco la renta pagada o satisfacer mensualmente durante diez años una cantidad equivalente al indicador público de renta de efectos múltiples puede ser imposible de asumir en determinados casos. Hay que tener presente que una política de exigencia estricta del cumplimiento del deber de conservación, si no se acompaña de una política de subvenciones a los propietarios que no pueden repercutir el coste subvencionado, o directamente a los inquilinos, puede significar, en ocasiones, la imposibilidad de satisfacer la renta resultante.

3.3.2 La resolución de los contratos

Ha sido clave en la conservación de las edificaciones el régimen jurídico de resolución de los contratos sometidos a prórroga forzosa y a renta congelada. El artículo 114.10 de la LAU1964, aplicable a todos los que se celebraron al amparo de esta ley, establece que el contrato de arrendamiento urbano se podrá resolver a instancia del arrendador cuando concurra la declaración de ruina de la finca, acordada por una resolución que no dé lugar a recurso y en un expediente contradictorio, tramitado ante la autoridad municipal, en el que hayan sido citados en el momento de la iniciación todos los arrendatarios.

Dejando de lado esta causa de resolución que exige la intervención previa de la autoridad administrativa y que explica la conflictividad constante de las declaraciones de ruina cuando afectan a viviendas o locales de negocio ocupados por arrendatarios, el artículo 118 establece otra causa general de resolución. Este precepto establece la pérdida o la destrucción de la vivienda o local de negocio y equipara a la destrucción el siniestro que para la reconstrucción de la vivienda o el local de negocio obligue a la ejecución de obras, cuyo coste exceda de un cincuenta por

14. Hay que tener presente que las disposiciones transitoria segunda y tercera de la Ley de arrendamientos urbanos, además de las reglas para repercutir las obras de conservación, establecen un régimen de actualización de las rentas por los arrendamientos de viviendas y por los arrendamientos de locales de negocio. Este régimen de actualización, de acuerdo con el tenor literal de los preceptos, es compatible con la repercusión de las obras de conservación en los términos señalados en el texto. Por lo que respecta a la actualización de rentas, se pretende aproximar de forma generalizada el importe del alquiler a las condiciones reales del mercado y en relación con las viviendas, aun siendo importantes las medidas de actualización se limitan según cuáles sean los ingresos de los arrendatarios.

Estas limitaciones, según los ingresos, se regulan en la disposición transitoria segunda, apartado d), regla séptima, que señala:

“No procederá la actualización de la renta prevista en este apartado cuando la suma de los ingresos totales que perciba el arrendatario y las personas que con él convivan habitualmente en la vivienda arrendada, no excedan de los límites siguientes: 1 ó 2 personas

que convivan en la vivienda arrendada cuando no superen 2,5 veces el salario mínimo interprofesional; 3 ó 4 personas cuando no superen 3 veces el salario mínimo interprofesional; más de 4 personas cuando no superen 3,5 veces el salario mínimo interprofesional.”

Sin embargo, se establecen otras cautelas, como por ejemplo, que quien se niegue a la actualización y ésta es legalmente posible podrá disponer de la vivienda durante 8 años y sólo podrá actualizarse la renta de acuerdo con el índice general nacional del sistema de índice de precios de consumo.

Las posibilidades de actualización de la renta, de modo progresivo, eliminarán algunos de los obstáculos económicos que justificaban, o servían de argumento, a la no-realización de obras de conservación por parte de los propietarios a la espera de poder obtener una declaración de ruina administrativa que permitiese resolver el contrato. Este régimen de actualización también se debe tener presente, de forma conjunta con la posibilidad de repercusión de las obras, cuando se realicen actuaciones en orden a la conservación de edificios en el sentido, si se considera política y socialmente oportuno, de prever medidas de auxilio o subvención a los arrendatarios.

ciento de su valor real ocurra aquel siniestro, con la condición de que en esta valoración no se debe tener en cuenta el valor del suelo.

El primer párrafo del artículo 118 no presenta dificultades interpretativas especiales por el hecho de que exige la pérdida o la destrucción de la vivienda o local de negocio y no prevé como elemento exigible de la resolución la inexistencia de causa imputable al arrendador (como hace la vigente Ley de arrendamientos urbanos). La trascendencia se produce debido al segundo párrafo, que equipara a la destrucción la reconstrucción de la vivienda o local con un coste superior al cincuenta por ciento de su valor cuando se ha producido un siniestro. El concepto de siniestro ha sido interpretado por la jurisprudencia como avería grave o pérdida de importancia, y de este modo no sólo incluye las destrucciones causadas por algún acontecimiento catastrófico o de producción instantánea, sino también aquellas averías, deterioros o pérdidas que se producen en la vivienda o local de negocio arrendado. Esta equiparación de siniestro a avería o deterioro hace posible de manera conjunta con la declaración de ruina, en vía administrativa, la resolución de contratos de arrendamiento cuando se exige la realización de obras que superan las de conservación, y los tribunales las consideran de reconstrucción.

El artículo 118 de la LAU1964 tiene como antecedente la Ley de arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, que estableció por primera vez como causa resolutoria del contrato de arrendamientos la pérdida de la cosa arrendada, supuesto al que se equipara la necesidad de hacer reparaciones que superen el cincuenta por ciento del coste del inmueble arrendado. Este precepto, tal como indica la STS de 3 de julio de 1957 (Aranzadi 2551/57), tiene su antecedente y norma inspiradora en el artículo 3, apartado a), de la Ley de 7 de mayo de 1942, sobre modificación de alquileres y condiciones de arrendamientos; este artículo permite modificar el precio del contrato cuando el coste de las reparaciones supera el cincuenta por ciento del valor del inmueble alquilado.¹⁵

Se observa que la regulación urbanística, cuando establece como causa de declaración de ruina que el coste de reparación supere el cincuenta por ciento del

valor del inmueble, excluido el valor del suelo, se encuentra mediatizada por la regulación de la legislación de arrendamientos urbanos. Entendemos que esta legislación es la causa de la previsión del supuesto de ruina económica en la legislación urbanística por el hecho de que desde la lógica de la función social de la propiedad y de destinar las edificaciones al uso previsto por el planeamiento, no hace falta establecer ningún límite porcentual del coste de las obras para determinar el límite del deber de conservación, y este límite se puede dejar a la libre decisión del propietario hasta que concurra la ruina técnica o agotamiento físico del edificio. Es, entendemos, la problemática que deriva de las fincas arrendadas la que justificará que se considere, desde la perspectiva de la función social de la propiedad del suelo, totalmente diferente a la del equilibrio económico de las prestaciones en los contratos de arrendamiento urbano, aquel porcentaje del coste de las obras de reparación como un límite del deber de conservación.

3.4. La potestad administrativa para autorizar el derribo establecida en los artículos 78, 79 y 81 de la derogada Ley de arrendamientos urbanos de 1964

3.4.1. Planteamiento

Se trata de una potestad que se regula en la LAU1964 para hacer posible la causa de excepción de prórroga establecida en el artículo 62.2 del mismo texto legal (es decir, un supuesto en el que el arrendatario no tiene derecho a la prórroga legal). Se trata de una potestad de autorizar el derribo, competencia, según la LAU1964, del gobernador civil, que permite al arrendador formular una excepción a la prórroga forzosa y proceder a la resolución del contrato de arrendamiento.

La causa de excepción de la prórroga se establece en un régimen legal, el de la Ley de arrendamientos de 1964, en el que se prevé la prórroga forzosa y la congelación de renta y en un marco institucional en el que la Administración del Estado tiene competencias sobre cualquier materia atribuida legalmente, dada la falta de norma constitucional que reconociese otros niveles de poder territorial y estableciese el reparto de competencias.

que media entre dos arrendamientos no serán computables para los efectos de elevar la merced o renta del local.

“El importe de los trabajos, obras y materiales dedicados a la reconstrucción de fincas con la aprobación de la Dirección General de Regiones devastadas o sin ella, siempre que se prueba la inversión, se tendrán en cuenta para los indicados efectos de elevar la merced siempre que no exceda del cincuenta por ciento del valor de la finca, excluido el solar. Cuando el importe de las indicadas obras de reconstrucción exceda del cincuenta por ciento del valor de la finca, las habitaciones tendrán la consideración de nuevas y las rentas correspondientes se regularán de acuerdo con dicha consideración.”

15. Este artículo 3, apartado a), establecía lo siguiente:

“Sin necesidad de solicitar el auxilio judicial los propietarios podrán exigir un aumento de las rentas o alquileres en los casos y con los límites que a continuación se expresan:

“a) Por haber realizado en las fincas instalaciones o mejoras y, en especial, obras que hayan contribuido a la higiene, salubridad o comodidad de los locales o viviendas. El aumento de la renta anual no podrá, en estos casos, exceder del cinco por ciento del costo de las obras o instalaciones.

“Las obras de conservación o reparación hechas por el arrendador en cumplimiento de sus deberes contractuales o en el intervalo

La singularidad del supuesto resulta: a) del hecho de que la norma atributiva de la potestad administrativa es una ley civil actualmente derogada que regula un contrato privado; b) por el órgano que tiene atribuida la competencia, un órgano legalmente extinguido de la Administración periférica del Estado, que como tal Administración territorial no tiene constitucionalmente competencias ejecutivas en materia de urbanismo y vivienda; c) porque se aplica en un marco ordinamental, de todo orden distinto al de 1964; d) por el hecho de que una parte de la doctrina de los tribunales superiores de justicia se construye sobre afirmaciones que constituyen cláusulas de estilo, desvinculadas del concreto supuesto de hecho, y ajenas al cambio del marco normativo en el que se debe inserir la norma, y e) porque ha generado cuestiones que han llegado reiteradamente, en vía de recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional.

Para seguir e intentar hacer comprensible el supuesto legal, hay que examinar la derogada Ley de 1964. La causa de excepción a la prórroga legal que preveía el artículo 62.2 precisa que el arrendador adopte el compromiso, ante el gobernador civil, de volver a edificar la finca, de tal manera que la nueva edificación cuente, por lo menos, con una tercera parte más de viviendas, y se respeten el número de locales de negocio que había en el inmueble que se quiere derribar.

El artículo 79 regulaba el procedimiento ante el gobernador civil. El apartado segundo indicaba expresamente que los gobernadores civiles “previos los asesoramientos que consideren oportunos”, concederán o no la autorización atendiendo a la normalidad o escasez de viviendas en la localidad, las disponibilidades de mano de obra y de materiales de construcción y especialmente a la existencia o inexistencia de viviendas desalquiladas, de renta parecida a las del inmueble que se debe derribar. Finalizaba el segundo apartado con la indicación de que los gobernadores civiles darían preferencia a las peticiones encaminadas a aumentar el número de viviendas de renta más barata y, en caso de igualdad de renta, a aquellas edificaciones en que el aumento de viviendas fuera mayor, con prioridad por las edificaciones en las que las viviendas resulten de más amplitud.

El apartado 5 del artículo 81 regula el supuesto de inmuebles de más de cien años de antigüedad y en una situación deficiente de conservación. En este caso los criterios que delimitan la potestad para autorizar el derribo son que “el deficiente estado de conservación y evidentes razones higiénicas y sociales hagan necesaria su renovación”.

En el caso de que el gobernador civil autorice el derribo, hay que comunicarlo a los arrendatarios con un año de antelación al día en que se proyecta

hacer, acompañando una copia de la autorización del gobernador.

Para cerrar el análisis completo de la causa de excepción de prórroga, hay que examinar todo el proceso. Una vez obtenida la autorización del gobernador civil y ya transcurrido el año del preaviso de derribo, el artículo 81 de la LAU1964 preveía que los arrendatarios que querían volver a instalarse en el inmueble alquilado y que se derriba, era necesario que suscribiesen con el arrendador un documento que detallara la superficie de la vivienda o local que ocupaban, la renta que satisfacían, el número de locales y viviendas que había en el inmueble que se ha autorizado derribar y un domicilio para notificaciones.

El artículo 82 preveía que, una vez reconstruida la finca, el arrendador notificaría a los arrendatarios notarialmente que pueden ocupar las viviendas o locales de negocio que él les ha asignado y la extensión, características, renta y circunstancias que se determinen, de las locales y viviendas. La renta exigible, de acuerdo con lo que preveía el artículo 84, se computa a partir de la renta pagada en el momento de ser desalojados incrementada en un cinco por ciento del capital invertido en la obra (hay varias reglas según sea el local más o menos grande). Nada establecía la derogada Ley de 1964 respecto del plazo del contrato, el régimen de prórroga forzosa y las posibles subrogaciones, porque mientras era vigente, el derecho de retorno lo era con las condiciones que la ley establecía con carácter general y obligatorio para todos los contratos sometidos a su régimen; esta cuestión es ahora, cuando hace más de doce años que la LAU1964 fue derogada, diferente.

3.4.2. Los problemas que plantea el derecho de retorno una vez derogada la LAU1964

Una cuestión que se plantea con la derogación de la LAU1964 es que, de considerarse vigente la causa de excepción a la prórroga para atender a las necesidades de vivienda en la localidad, por lo que respecta al derecho de retorno, sólo se garantiza expresamente el precio a pagar en concepto de renta y la superficie. Eso se garantiza respecto de una nueva relación arrendaticia (que tiene por objeto una vivienda o local nuevo y distinto). Esta nueva relación contractual no nace del acuerdo de las partes, sino del derecho concedido a una de las partes por la legislación derogada, no obstante, sometida a la Ley de 1994 (que, por lo que respecta a la duración del contrato y, en general, a los derechos y los deberes de las partes, se fundamenta, básicamente, en la autonomía de la voluntad).

En la legislación derogada, para garantizar la postura del arrendatario, cuando ejercía el derecho de retorno, sólo había que establecer cuál era la renta,

superficie y situación que se exigiría respecto de la nueva vivienda o local por el hecho de que el resto de condiciones –prórroga forzosa y congelación de la renta– eran idénticas en la relación arrendaticia originaria y en la que nace como consecuencia del ejercicio del derecho de retorno, que se vuelve a inserir en el régimen previsto por la LAU1964 y se vuelve a someter a esta Ley.

La legislación derogada imponía, al establecer la causa de excepción a la prórroga forzosa para ayudar a atender a las necesidades de vivienda de la localidad, un importante perjuicio al arrendatario, que debía encontrar, para poder sobrevivir, una vivienda o local de negocio durante el tiempo de construcción del nuevo edificio. Un perjuicio gravísimo tanto para el caso de la vivienda (¿dónde vive?) como para el caso del local de negocio (¿de qué vive?). Un importante perjuicio, en un marco legal que, hasta la aprobación de la LAU1994, favorecía a los arrendatarios, y que se compensaba con el derecho de retorno con un contrato que gozaba de las ventajas de la prórroga forzosa y de la congelación de renta.

Si se considera aún vigente la causa de excepción de prórroga, hay que observar que los perjuicios a los arrendatarios podrían no limitarse a ¿dónde vive? y ¿de qué vive?, durante la construcción del nuevo edificio. Podrían agravarse aún más: el arrendatario no tiene garantizado, de forma expresa en la legislación vigente, que en el ejercicio del derecho de retorno se le reconozcan los derechos previstos en las disposiciones transitorias de la LAU1994 (sólo aplicables a los contratos celebrados antes del 9 de mayo de 1995).¹⁶

Esta cuestión no es estrictamente civil por el hecho de que la competencia del “gobernador civil” depende de la vigencia de la causa de excepción de la prórroga forzosa, y esta vigencia sólo es posible si el sistema en el conjunto es coherente. Lo cual creemos que obligaría a los delegados del Gobierno (que sustituyen ahora en la competencia al gobernador civil), cuando autorizan el derribo, a no limitarse a incluir en la resolución que el arrendador está obligado a reconocer el derecho de retorno legalmente establecido, sino a garantizar en el procedimiento, para dar una mayor seguridad en las relaciones entre arrendadores y arrendatarios, que para el caso de ejercerse el derecho de retorno se respetarán los derechos reconocidos por la disposición transitoria de la LAU1994, que regula el contrato de que se trate

16. La postura del arrendatario se debilita aún más, si añadimos que hay jurisprudencia civil contradictoria en las audiencias territoriales, con respecto a si puede ejercerse la acción civil de resolución contractual y desahucio, antes de que se dicte sentencia firme en vía contenciosa respecto de la legalidad de la autorización. Una doctrina que proviene del Tribunal Supremo, y que ha motivado el

(plazo, eventual subrogación y criterios de adaptación de renta), sin perjuicio de que la superficie y el incremento o decremento de renta se establezca por los criterios establecidos por la derogada LAU1964.

Se trata de evitar que las relaciones arrendatarias objeto de una esmerada regulación en las disposiciones transitorias segunda y tercera de la LAU1994 queden sin la protección deseada por el legislador, por vía de interpretación de la vigencia de una causa de excepción de prórroga insertada en un bloque normativo, la LAU1964, que ha sido derogado.

3.4.3. Es imprescindible diferenciar entre los requisitos para poder pedir la autorización de derribo y la causa de interés general que permite concederla

En relación con la autorización administrativa establecida en la derogada legislación de arrendamientos de 1964, hay que diferenciar:

–Los requisitos –relativos a la reconstrucción de la finca arrendada con mantenimiento de los locales de negocio e incremento en un tercio de las viviendas, en condiciones en las que se acredite la posibilidad de ejercicio del derecho de retorno– que actúan como presupuesto procesal para que el arrendador tenga acción administrativa para instar la autorización de derribo. Estos requisitos, si no se acreditan por el arrendador, comportan necesariamente la denegación de la petición, sin tener que realizar la Administración ninguna otra actuación en el procedimiento.

–Los elementos de hecho –necesidades de vivienda, existencia de viviendas de alquiler, disponibilidades de mano de obra y de materiales en la localidad concreta– que permiten determinar si se da en el caso concreto la causa de interés público que constituye la finalidad de la potestad administrativa. Estos elementos de hecho necesariamente han de ser probados en el procedimiento, y su carga de prueba recae en la Administración para poder autorizar el derribo. La prueba de los elementos de hecho será el fundamento para justificar la concurrencia o no de la causa de interés general que permite abrir la puerta a la resolución unilateral del contrato de arrendamiento.

3.4.4. Consecuencias de derecho y de hecho de la falta de competencias ejecutivas del Estado en materia de vivienda y urbanismo

La falta de competencias ejecutivas del Estado en materia de vivienda y urbanismo y la falta de una organización especializada en la materia que cono-

planteamiento de cuatro recursos de amparo, que examinaremos, la cual doctrina se asentó durante la vigencia de la LAU1964 y cuando las acciones de desahucio y de resolución contractual derivadas de esta causa de excepción de prórroga eran objeto de examen por parte del Tribunal Supremo.

ca las singularidades de la vivienda y el urbanismo en cada localidad, además de poder constituir una vulneración constitucional y estatutaria, han impedido estructurar jurídicamente qué necesidades de vivienda son de interés general y justifican el derribo del inmueble. De hecho, aquí se encuentra el origen del problema, que tiene como punto de partida expedientes administrativos diseñados por órganos que tienen como ocupación principal la seguridad ciudadana y la gestión de autorizaciones de inmigración, y no disponen ni de medios humanos ni técnicos para definir las necesidades de vivienda en la localidad.

La doctrina contradictoria entre las audiencias provinciales, sala de lo civil, sobre si se puede resolver o no el contrato cuando la autorización administrativa de derribo es objeto de recurso contencioso-administrativo, ha sido o suspendida o incluso ya anulada, y ha producido algunas de las páginas de doctrina jurisprudencial más sorprendentes en la relación entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la civil. El relato y la solución resulta de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1995 (RTC 1995/142), de la que es ponente el magistrado Javier Delgado Barrio y emite un voto particular el magistrado Manuel Jiménez de Parga. En nuestra opinión, no es sostenible, en los términos que desarrolla el Ministerio Fiscal y el voto particular, que una resolución no ejecutiva o ya anulada tenga la capacidad jurídica de resolver un contrato de arrendamiento. De hecho, la sentencia del Tribunal Constitucional se limita a señalar que es una cuestión de legalidad ordinaria que no debe resolver.

3.5. Conclusiones

El régimen jurídico de los arrendamientos urbanos sometidos al régimen transitorio de la LAU1994 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.

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, de acuerdo con esta norma transitoria, 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 indicador público de renta de efectos múltiples (repercusión que para determinadas

personas, especialmente las ya jubiladas, puede significar un desahucio de hecho porque no podrán atender al pago de la renta incrementada).

c) Los tribunales y la actuación administrativa consideran vigente la autorización de derribo establecida en los artículos 78, 79 y 81 de la derogada Ley de arrendamientos urbanos de 1964. Se trata de una autorización de derribo competencia, según la Ley de 1964, del gobernador civil (ahora del delegado del Gobierno), que permite al propietario arrendador formular una excepción a la prórroga forzosa y proceder a la resolución/suspensión del contrato de arrendamiento, con derecho de retorno del arrendatario.

Ello obliga a precisar, en primer lugar, que las críticas que reciben muchos municipios, por entender que propician los desahucios en el desarrollo de las políticas de conservación y rehabilitación, son consecuencia, no de la actuación municipal, sino de una cierta incongruencia del legislador y de las actuales políticas públicas de vivienda: la regulación del deber de conservación y rehabilitación y del estado de ruina de las edificaciones, por más cautelosa que sea, no puede solucionar la actual insuficiencia del mercado libre para generar viviendas asequibles (complementado solo con subvenciones para abaratar la financiación o el precio de la vivienda, dado que el problema actual no es la financiación, sino el precio del suelo) y la ausencia de políticas públicas amplias y eficaces para garantizar el derecho a la vivienda.

Los municipios deben actuar con cautela en materia de conservación y rehabilitación, en el sentido de ponderar todos los intereses en juego, pero esta política no es una alternativa eficaz a la falta de políticas dirigidas a facilitar vivienda asequible.

4. La regulación del derecho de retorno y realojamiento

4.1. Definición y alcance

En este contexto queremos volver a hacer referencia al derecho de retorno del arrendatario regulado en la legislación urbanística y en la legislación de arrendamiento urbanos. La Ley del suelo de 1992 establecía en la disposición adicional cuarta lo siguiente:

“Cuarta. Realojamiento y retorno.

“En la ejecución de actuaciones urbanísticas que requieran el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual, se deberá garantizar el derecho de aquéllos al realojamiento, con sujeción a las siguientes reglas:

“1.ª Cuando se actúe por expropiación, la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación deberán poner a disposición de los ocupantes legales afectados viviendas en las con-

diciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a régimen de protección pública y superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora.

"2.^a Cuando se actúe por otro sistema en unidades de ejecución, no tendrán derecho de realojo los ocupantes legales de viviendas que, en correspondencia con su aportación de terrenos, hayan de resultar adjudicatarios de aprovechamientos de carácter residencial superiores a noventa metros cuadrados o los que pudiera establecer, como superficie máxima, la legislación protectora de viviendas.

"En los demás casos, la obligación de hacer efectivo el derecho de realojo corresponderá a la Administración actuante, en las condiciones señaladas en la regla 1.^a, computándose como gastos de la actuación urbanística los de traslado y otros accesorios que recayesen sobre los ocupantes legales.

"3.^a En las actuaciones aisladas no expropiatorias, los arrendatarios de las viviendas demolidas tendrán el derecho de retorno regulado en la legislación arrendaticia, ejercitable frente al dueño de la nueva edificación, cualquiera que sea éste. En estos casos, el propietario deberá garantizar el alojamiento provisional de los inquilinos hasta que sea posible el retorno."

La STC 61/1997 declaró inconstitucional el apartado segundo de esta disposición adicional. El razonamiento es:

17. El argumento del Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional el apartado 2 es el siguiente:

"c) (Disposición adicional cuarta, 'Realojamiento y retorno').

"Esta disposición, por contraste con las hasta ahora enjuiciadas, no plantea excepción alguna sobre la vigencia de las normas que el TRLS contiene, sino que establece una regulación material sobre el derecho de realojo y retorno, derecho que, a juicio de la recurrente, compete disciplinar a la comunidad autónoma.

"La cuestión se contrae, pues, a determinar si el Estado tiene algún título competencial para dictar esta norma básica. El apartado 1 garantiza el derecho al realojo de los ocupantes legales afectados por el desalojo como consecuencia de la expropiación obligando a la Administración expropiante o al beneficiario de la expropiación a poner a su disposición viviendas en venta o alquiler. El apartado 2, por su parte, establece, para el supuesto de que se actúe por otro sistema en unidades de ejecución, que los ocupantes legales no tendrán derecho al realojo cuando en correspondencia con su aportación de terrenos hayan de resultar adjudicatarios de aprovechamientos de carácter residencial superiores a noventa metros cuadrados o los que pudiera fijar, como superficie máxima, la legislación protectora de viviendas.

"Ha de darse la razón al Abogado del Estado cuando invoca el artículo 149.1.18 de la CE (expropiación forzosa) para justificar el carácter básico del apartado 1 de esta disposición adicional. La obligación de proporcionar alojamiento en los supuestos en los que se actúa por expropiación representa, en efecto, una garantía común de los administrados que al Estado le compete establecer en virtud de cuanto ya hemos señalado.

"Juicio distinto merece el apartado 2, párrafo primero, de la misma disposición adicional cuarta en la medida en que ya enca-

"Juicio distinto merece el apartado 2, párrafo primero, de la misma disposición adicional cuarta en la medida en que ya no encaja en el concepto de norma básica, habida cuenta de que incide sobre un terreno material –la ejecución del planeamiento– sobre el que, en principio, el Estado carece de competencias, a no ser que concurra otro título competencial distinto, lo que no es el caso."¹⁷

Por lo que respecta a la disposición adicional cuarta, párrafo tercero, hay que advertir que la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, modificó y precisó el régimen previsto. En concreto, mediante la disposición adicional octava, que establece:

"Disposición adicional octava. Derecho de retorno.

"El derecho de retorno regulado en la disposición adicional cuarta.3 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, se regirá por lo previsto en esta disposición y, en su defecto, por las normas del Texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964.

"Cuando en las actuaciones urbanísticas aisladas no expropiatorias exigidas por el planeamiento urbanístico, fuera necesario proceder a la demolición total o a la rehabilitación integral con conservación de fachada o de estructura de un edificio, en el que existan viviendas urbanas arrendadas sea cualquiera

ja en el concepto de norma básica, habida cuenta de que incide sobre un terreno material –la ejecución del planeamiento– sobre el que, en principio, el Estado carece de competencias, a no ser que concurra otro título competencial distinto, lo que no es el caso. La diferencia de este supuesto con el que contempla el apartado 1 estriba en que aquí no se pretende garantizar un derecho del particular frente a una actuación expropiatoria; antes al contrario, su objeto es justamente negarlo, cerrando por completo la regulación del derecho, cuestión esta que corresponde a las comunidades autónomas determinar. En esta sede, pues, el Estado podría, en su caso, establecer como norma básica una garantía mínima de carácter compensatorio, para aquellos supuestos en los que si bien no se actúa por expropiación los ocupantes legales se ven privados de sus viviendas. En cambio, este apartado, en su primer párrafo, no establece garantía alguna, ni siquiera por vía negativa, sino que se introduce abiertamente en el ámbito de lo que no es mínimamente exigible –de libre disposición de las comunidades autónomas– y, por ende, incurre en inconstitucionalidad por vicio de incompetencia. La misma suerte ha de correr necesariamente el párrafo segundo del apartado 2 que no constituye sino una expresión o consecuencia del párrafo primero.

"El apartado 3 se refiere al derecho de retorno regulado en la legislación arrendaticia, ejercitable frente al dueño de la nueva edificación cualquiera que sea éste, debiendo el propietario garantizar el alojamiento provisional de los inquilinos hasta que sea posible el retorno. Respecto de este punto ostenta el Estado un evidente título competencial ex artículo 149.1.8 de la CE, ya que establece una norma materialmente civil, atinente al tráfico jurídico privado."

la fecha del arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a que el arrendador de la citada finca le proporcione una nueva vivienda de una superficie no inferior al cincuenta por ciento de la anterior, siempre que tenga al menos noventa metros cuadrados, o no inferior a la que tuviere, si no alcanzaba dicha superficie, de características análogas a aquélla y que esté ubicada en el mismo solar o en el entorno del edificio demolido o rehabilitado.”

Se puede afirmar que “parece que” lo que pretende la disposición adicional octava de la Ley de arrendamientos urbanos es acumular sus soluciones a las de la disposición adicional cuarta de la Ley del suelo (añade que las actuaciones aisladas expropiatorias deben estar previstas en el planeamiento) y que lo que se prevé en la Ley de arrendamientos de 1994 es la regulación en la legislación arrendataria a la que se remite la disposición adicional cuarta de la LS1992 (cuando establece: “En las actuaciones aisladas no expropiatorias, los arrendatarios de las viviendas demolidas tendrán el derecho de retorno *regulado en la legislación arrendaticia*”).¹⁸

Hay que advertir que la LS1992 se refiere al derecho de retorno en un contexto diferente al que preveía la

Ley de arrendamientos urbanos de 1964. En concreto, la LS1992 regula el derecho de retorno, como un derecho del arrendatario, no para el caso en que el arrendador le deniegue la prórroga forzosa para la demolición y posterior reedificación que pretende llevar a cabo, sino para el supuesto en que se realicen obras que hubieran de calificarse como actuaciones urbanísticas asistemáticas no expropiatorias (sin añadir ninguna mención, como hará la LAU1994, “exigidas por el planeamiento”).

En relación con el apartado 3 de la disposición adicional de la LS1992, antes de ser aprobada la disposición adicional octava de la LAU1994, el primer problema que se planteó de interpretación es la remisión que realiza al derecho de retorno regulado en la legislación de arrendamientos.

Si se interpretaba que la remisión era a los artículos 81 a 84 de la Ley de arrendamientos de 1964, que regulan el derecho a volver a ocupar el inmueble reedificado cuando el derribo ha sido autorizado por el gobernador civil¹⁹ de acuerdo con las condiciones previstas a los artículos 78 y 79 en relación con el artículo 62.2 (pero no a los artículos 78 y 79, que regulan las condiciones para derribar la finca con autori-

18. Hay que advertir que ninguno de los dos proyectos de ley de arrendamientos urbanos, ni el de 1992 ni el de 1994, establecía la regulación del derecho de retorno, lo que, obviamente, debía dificultar la aplicación de la disposición adicional cuarta de la Ley del suelo, al dejar sin contenido la remisión de ésta al “derecho de retorno regulado en la legislación de arrendamientos”.

Es por ello que, en la tramitación de la Ley de arrendamientos urbanos de 1994, el Grupo Parlamentario Socialista del Senado presentó una enmienda –la número 284–, justificada en la necesidad de articular “el derecho de retorno previsto en la Ley del suelo, para facilitar las operaciones de conservación o rehabilitación integral que vengan exigidas por el planeamiento urbanístico”; enmienda que, aprobada por unanimidad en el informe de la Ponencia del Senado, supuso la incorporación del derecho de retorno del arrendatario en la Ley de 1994, concretamente, en su disposición adicional octava.

El apartado tercero de la disposición adicional tercera de la LS1992 y la octava de la Ley de arrendamientos de 1994 obligan a plantear numerosas preguntas:

a) Por qué la remisión a las normas del Texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964 que regulaban el derecho de retorno (artículo 78 y siguientes), teniendo en cuenta que la disposición derogatoria única deroga incondicionadamente el Texto refundido de la LAU1964.

b) Cuáles son las normas de la LAU1964 aplicables en defecto de la disposición adicional octava de la LAU1994.

c) En relación con el sistema de fuentes, cuando afirma que este derecho “se regirá por lo previsto en esta disposición”, ¿se refiere exclusivamente a ella misma, esto es, a la disposición adicional octava de la Ley de arrendamientos urbanos, o se refiere a la disposición adicional cuarta del Texto refundido de la Ley del suelo a la que empieza aludiendo?; ¿la disposición adicional octava de la Ley de arrendamientos urbanos sustituye a la disposición adicional cuarta de la Ley del suelo, o sólo la complementa?

d) Cuáles son las actuaciones urbanísticas aisladas no expropiatorias exigidas por el planeamiento.

Eso explica que en el texto señalamos y para cerrar con alguna conclusión, que se puede afirmar que “parece que” lo que pretende la disposición adicional octava de la Ley de arrendamientos urbanos es acumular sus soluciones a las de la disposición adicional cuarta de la Ley del suelo y que lo que se prevé en la Ley de arrendamientos es la regulación a la legislación arrendataria, a la que se remite la Ley del suelo.

19. Hay que tener presente que, de acuerdo con la disposición adicional cuarta, último párrafo, de la LOFAGE, el delegado del Gobierno ejerce las competencias que la legislación vigente atribuye a los gobernadores civiles. Por otro lado, dado que el Estado constitucionalmente no tiene competencias sobre vivienda es de difícil interpretación cuál es el alcance de la competencia del delegado del Gobierno al amparo de la LAU1964, y en relación con los contratos de alquiler que de acuerdo con las disposiciones transitorias de la LAU1994 sí rigen parcialmente.

En concreto, en materia de vivienda, la STC 1988/152, de 20 de julio, que resuelve los conflictos de competencia promovidos por el Gobierno Vasco contra el Real decreto 3280/1983, sobre financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, distingue entre la competencia autonómica sobre la vivienda, asumida estatutariamente a partir de la atribución prevista en el artículo 148.1.3 de la CE (ordenación del territorio, urbanismo y vivienda), y las competencias estatales amparadas en el artículo 148.1.13 (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), que lo habilitan para legislar sobre la definición de las actuaciones protegibles en materia de vivienda, la forma de protección, el nivel de protección y la aportación de fondos materializada en los sucesivos planes trienales o cuatrienales de vivienda, a pesar de advertir que el ejercicio de la competencia legislativa estatal deberá posibilitar, además de la ejecución, una actividad normativa complementaria autonómica.

Si se consideran vigentes, para los contratos sometidos parcialmente a la LAU1964, los artículos 69 y 70 de esta Ley, los asesoramientos sobre las necesidades de vivienda que se prevén potestati-

zación previa del gobernador civil), el apartado 3 de la disposición cuarta de la LS1992 garantizaba el derecho de retorno a todos los arrendatarios de fincas urbanas que no fueran expropiadas o incluidas en una unidad de actuación.

Ésta es la interpretación que hizo la sentencia de 25 septiembre 1992 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimotercera, cuando reconoce el derecho de retorno a los arrendatarios en relación con el derribo de un edificio declarado en ruina.

La otra interpretación posible del apartado 3 de la disposición adicional cuarta es que el derecho de retorno es sólo el regulado en la legislación de arrendamiento de 1964, pero que siempre había que garantizar el alojamiento provisional [no garantizado en el artículo 81.5.a) de la Ley de arrendamientos de 1964, sin perjuicio que pudiese imponerse como condición en la autorización de derribo del gobernador civil].

Una vez se aprueba la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, en cuanto que modifica el régimen previsto en el apartado 3 de la disposición adicional cuarta de la Ley del suelo de 1992, la interpretación de ésta de la disposición adicional cuarta cambia. Todo ello, lo examinaremos en el siguiente apartado.

4.2. Régimen jurídico vigente en Cataluña

4.2.1. Las actuaciones expropiatorias aisladas o en régimen de sistema de actuación por expropiación

Las actuaciones expropiatorias aisladas o en régimen de sistema de actuación por expropiación deben prever como justiprecio de la expropiación para los ocupantes legales afectados, viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para los sujetos en régimen de protección pública y superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora.

El concepto *ocupantes legales afectados* se refiere a cualquier título jurídico que vincule a la Administración expropiante.

Debe recordarse que la Ley de expropiación forzosa establece como objeto de la expropiación cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualquiera que fuesen las personas o entidades a las que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

vos en el apartado 2 del artículo 79 de la LAU1964, de acuerdo con la distribución constitucional de competencias, habría que considerarlos preceptivos y vinculantes y realizados por el órgano autonó-

4.2.2. Las actuaciones de transformación urbanística sistemática a través de sistemas de actuación de gestión privada

Las actuaciones de transformación urbanística sistemática a través de sistemas de actuación de gestión privada que afectan, por lo tanto, al suelo urbano no consolidado y al suelo urbanizable, que no se ejecutan por el sistema de expropiación, no disponen de una norma estatal que establezca para los ocupantes legales una regulación singular y distinta a la general que obliga a indemnizar a los titulares de los derechos incompatibles con la ejecución del planeamiento.

La desaparición del inmueble objeto contrato de arrendamiento debe interpretarse como una forma de desaparición del derecho de arrendamiento como consecuencia de la transformación urbanística. Esta cuestión, que nos llevaría a una larga disertación (el proyecto de reparcelación comporta "la extinción o la transformación de derechos y de cargas, de acuerdo con la legislación aplicable"), es a la que ha venido a dar respuesta la legislación catalana de urbanismo, cuando establece el derecho de retorno en los términos que transcribiremos acto seguido. El artículo 114 de la LUrbCat 2005 dispone:

"Artículo 114. Gastos de urbanización a cargo de las personas propietarias y derecho de realojamiento.

"1. Los gastos de urbanización a cargo de las personas propietarias comprenden los siguientes conceptos:

"a) [...] h) Los gastos generados para la efectividad del derecho de realojamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.

"2. En el despliegue de las modalidades del sistema de actuación urbanística por reparcelación, se reconoce el derecho de realojamiento a favor de las personas ocupantes legales de viviendas que constituyan su residencia habitual, siempre que cumplan con las condiciones exigidas por la legislación protectora y siempre que, en el caso de ser personas propietarias, no resulten adjudicatarias de aprovechamiento urbanístico equivalente a una edificabilidad de uso residencial superior al doble de la superficie máxima establecida por dicha legislación.

"3. Corresponde a la comunidad reparcelatoria o bien, en su caso, al concesionario de la gestión urbanística integrada, la obligación de hacer efectivo el derecho de realojamiento y de indemnizar a las personas ocupantes legales afectadas por los gastos de traslado y de alojamiento temporal hasta que se haga efectivo tal derecho.

mico que ejerce las competencias de vivienda, sin perjuicio de que sea la autorización del delegado del Gobierno la que permite alterar la relación contractual arrendaticia.

“4. Hay que poner a disposición de las personas ocupantes legales afectadas viviendas con las condiciones de venta o alquiler vigentes para las de protección pública, dentro de los límites de superficie propios de la legislación protectora, para hacer efectivo el derecho de realojamiento.”

Esta regulación es una adaptación a la realidad catalana de la regla segunda de la disposición adicional cuarta de la LS1992, que fue declarada inconstitucional por falta de título competencial que amparase al legislador estatal. De hecho, en la legislación autonómica comparada ésta no es la solución adoptada con carácter general (excepto la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, del suelo y urbanismo, que es una excepción,

20. Disposición adicional segunda de la Ley vasca 2/2006.

“Realojos.

1. En la ejecución de actuaciones urbanísticas que requieran el desalojo de los ocupantes legales de viviendas que constituyan su residencia habitual se deberá garantizar el derecho al realojo, con sujeción a las siguientes reglas:

“a) Cuando se actúe por expropiación o por ocupación directa, la administración actuante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación deberán poner a disposición de los afectados viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a algún régimen de protección pública y de superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora.

“b) Cuando se ejecute el planeamiento por cualquier otro tipo de sistema de actuación, mediante actuaciones integradas o aisladas, no tendrán derecho de realojo los ocupantes legales de viviendas que, en correspondencia a sus aportaciones de bienes y derechos, hayan resultado adjudicatarios en la reparcelación o en la división de propiedad horizontal del inmueble de edificabilidades urbanísticas superiores a 90 metros cuadrados de uso residencial libre o los metros que pudiera establecer como superficie máxima la legislación de viviendas de protección oficial.

“En los demás casos, la obligación de hacer efectivo el derecho de realojo corresponderá al promotor de la actuación, en las condiciones señaladas en la regla a) anterior, computándose como cargas de la actuación urbanística las de traslado y otras accesorias que recayesen sobre los ocupantes legales.

“c) En las actuaciones aisladas no expropiatorias, los arrendatarios de las viviendas demolidas tendrán derecho al retorno regulado en la legislación de arrendamientos urbanos, que se podrá ejercer frente al dueño de la nueva edificación. En estos casos, el propietario deberá garantizar el alojamiento provisional de los inquilinos hasta que sea posible el retorno. Así mismo, los propietarios ocupantes legales de vivienda tendrán el derecho de realojo previsto en la presente disposición.

“2. En todo caso, el derecho de realojo consistirá en la puesta a disposición de una vivienda al precio que se establezca expresamente para este tipo de supuestos por la normativa protectora aprobada por el Gobierno Vasco o el ayuntamiento actuante, de superficie adecuada a sus necesidades, en el mismo régimen de tenencia con que el afectado ocupaba la vivienda que constituía su residencia habitual. Las viviendas de realojo computarán a los efectos del cumplimiento de los estándares de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública establecidos en esta Ley.

“Si en el ámbito de la actuación se posibilita la construcción de nueva planta de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, el proyecto de reparcelación establecerá el edificio en el

al establecer en la disposición adicional segunda una regulación completa y sistemática del derecho de retorno).²⁰ Bien al contrario, sólo prevé el realojamiento y retorno cuando otra legislación lo exija (en referencia con la estatal examinada) o no hace referencia a ello. Así: a) la Ley andaluza 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística, que sólo prevé, en el artículo 113.1.h), el realojamiento y el retorno cuando sea legalmente preceptivo, y b) la Ley de La Rioja 10/1998, de urbanismo, en la disposición adicional cuarta, y el Texto refundido aprobado por el Decreto legislativo 1/2004 del Principado de Asturias, en el artículo 204, que se remiten a la legislación estatal.

que se podrá ejercer el derecho al realojo indicado, estableciéndolo como carga real sobre los inmuebles señalados. Dicho inmueble deberá tener la calificación urbanística previa como vivienda sometida a algún régimen de protección pública en el marco de lo establecido por la legislación protectora.

“3. En las unidades de ejecución que no se gestionen por expropiación, cuando haya ocupantes legales de viviendas o actividades económicas en funcionamiento que resulten radicalmente incompatibles con el planeamiento y, por lo tanto, deba procederse a su realojo o traslado o a la extinción de la actividad, se deberán seguir las siguientes reglas:

“a) En la redacción del planeamiento pormenorizado o del programa de actuación urbanizadora correspondiente se deberá incluir una relación exhaustiva de los ocupantes legales de inmuebles y de las actividades económicas en funcionamiento que resulten radicalmente incompatibles con el planeamiento y por tanto, deba procederse a su realojo o traslado o extinción de actividad, quienes serán parte en el expediente a todos los efectos.

“b) En el proyecto de reparcelación se deberá recoger expresamente la relación de los ocupantes legales de viviendas y de los titulares de actividades económicas en funcionamiento, y se incorporarán los acuerdos alcanzados con los mismos para su indemnización, realojo o traslado, que deberán constar en escritura pública.

“c) En defecto de acuerdo, se acompañará al proyecto de reparcelación una propuesta de convenio de realojo, traslado o extinción de actividad, en su caso, en el que se establecerá el siguiente contenido mínimo:

“1) Puesta a disposición de una vivienda o instalación específica para el realojo o traslado, temporal o definitivo.

“2) Título jurídico de ocupación y condiciones económicas, según el título de ocupación de la vivienda o instalación a desalojar.

“3) Garantías de cumplimiento de los compromisos propuestos. Estas garantías en todo caso deberán instrumentarse mediante la anotación en el Registro de la Propiedad, sobre la finca de resultado, del derecho a realojo sobre la vivienda o instalación específica, o, en su defecto, aval bancario por el valor estimado para dicha vivienda o instalación.

“4) En caso de realojo temporal, especificación concreta de la vivienda o instalación propuesta hasta la puesta a disposición de la definitiva, y garantías de asunción de su costo por el promotor de la urbanización.

“5) Compensaciones económicas por gastos de traslado y otros que se puedan producir.

“d) La propuesta de convenio de realojo, traslado o extinción de actividad será elevada al ayuntamiento para su aprobación previo informe técnico, tras lo que será notificada al interesado, que dispondrá de un plazo de un mes para formular su propuesta de condiciones para el realojo, traslado o extinción de actividad.

Para el supuesto de las actuaciones de transformación urbanística sistemática a través de sistemas de actuación de gestión privada que afectan, por lo tanto, al suelo urbano no consolidado y al suelo urbanizable, el derecho de los ocupantes legales se debe integrar en la regulación urbanística de las obligaciones de los propietarios en el suelo urbano no consolidado y urbanizable. Aunque resulta poco elegante y poco respetuoso con la problemática vital de quien ocupa un inmueble y puede verse privado del mismo, técnicamente el legislador catalán incorpora el derecho de los ocupantes como un coste de urbanización que debe soportar quien obtiene las plusvalías de la transformación urbanística.

El régimen jurídico del derecho de retorno en este caso no debe buscarse directamente en la legislación de arrendamientos o civil, según el caso, sino en la urbanística cuando regula el contenido de los proyectos de reparcelación y el contenido de los diferentes derechos que se ostentan sobre los bienes afectados por el proceso de ejecución del planeamiento.

4.2.3. Las actuaciones urbanísticas aisladas no expropiatorias

La interpretación de las dos disposiciones adicionales (cuarta de la LS1992 y octava de la LAU1994) obliga a entender que su objeto es regular el derecho de retorno en los supuestos del derribo total o la rehabilitación integral con conservación de fachada o de estructura de un edificio en el que existen viviendas urbanas arrendadas, sea cual sea la fecha de arrendamiento, con la consiguiente necesidad de desalojar a sus ocupantes.

Sin la demolición total o rehabilitación integral del edificio, aunque el desalojo sea inevitable, no procede el derecho de retorno, sino que el supuesto se reconduce al artículo 26 de la Ley de arrendamientos de 1994, teniendo el arrendatario la opción de desistir del contrato sin indemnización, o de suspenderlo

hasta la finalización de las obras reocupando después la vivienda por el tiempo que le quede hasta la extinción de la relación contractual.

La expresión *residencia habitual* debe reconducirse a lo que dispone el artículo 2 de la Ley de arrendamientos de 1994: que el arrendamiento recaerá sobre una edificación habitable, cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario.

La disposición adicional octava de la Ley de arrendamientos urbanos exige a estas actuaciones el requisito de que sean exigidas por el planeamiento urbanístico. Esta exigencia ha llevado a los tribunales a considerar inaplicable el contenido de la disposición adicional octava de la Ley de arrendamientos urbanos y a su vez la disposición adicional cuarta de la Ley del suelo de 1992, en el supuesto de declaración de ruina (modificando la interpretación que hizo, por ejemplo, la sentencia de 25 de septiembre de 1992 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimotercera, que reconoce el derecho de retorno a los arrendatarios en relación con el derribo de un edificio declarado en ruina).

Lo acredita en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa:

–La STSJ de Cataluña de 3 de julio de 1995, que tiene por objeto un acuerdo del Ayuntamiento de Manresa que declara la ruina y ordena que se inscriba en el Registro de la Propiedad la nota marginal de derecho de retorno del arrendatario.

–La STS de 25 de enero de 1999, que tiene por objeto una resolución de la Gerencia de Urbanismo de Madrid que al declarar la ruina ordena el realojamiento del inquilino.

–La STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 1999,²¹ que tiene por objeto una resolución del alcalde de Serinyà que resuelve en un expediente de ruina y requiere al propietario para que, de conformidad con lo que prevé la disposición adicional cuarta,

“e) Si en el plazo de un mes desde la formulación de su propuesta por el interesado se alcanza un acuerdo definitivo con el promotor de la urbanización, el acuerdo será elevado a escritura pública y notificado al ayuntamiento, debiendo acreditarse la efectiva puesta a disposición de las condiciones ofrecidas en el convenio, así como del depósito de los importes o garantías a constituir por parte del promotor de la urbanización.

“f) En caso de falta de acuerdo o de contestación en el plazo indicado, el ayuntamiento, previa comprobación de la efectiva puesta a disposición de las condiciones ofrecidas en el convenio, así como del depósito de los importes o garantías a constituir por parte del promotor de la urbanización en la tesorería municipal, decretará el inmediato desalojo de los inmuebles afectados. La certificación municipal de la aprobación y efectiva puesta a disposición de las condiciones propuestas constituirá título suficiente para la ocupación y desalojo de los inmuebles, siendo de plena aplicación la legislación sobre expropiación forzosa.

“g) La administración actuante, de oficio o a instancia del concesionario o urbanizador, llevará a cabo el desalojo administrativo de los inmuebles una vez obtenidas las autorizaciones judiciales.”

21. “STSJ de Cataluña número 254/1999 (Sala Contenciosa-Administrativa, Sección Segunda), de 12 de marzo.

“Objeto del recurso: Ayuntamiento de Serinyà: Decreto de 6 de septiembre de 1994, dictado en expediente de ruina, en el apartado cuarto establece ‘Requerir al señor [...] para que, de conformidad con lo que prevé la disposición adicional cuarta, regla tercera, del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, proceda a proporcionar un alojamiento provisional a la señora N. y A. y familia, que conviven juntos, hasta que sea posible el retorno a la vivienda de nueva edificación.’”

“Sentencia: [...] Declarada la ruina cesa para el titular dominical la obligación de conservación del inmueble, artículo 253.2 del Decreto legislativo 1/1990, produciéndose una de las causas de extinción de los contratos arrendaticios tanto en la normativa vigen-

regla tercera, del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, proceda a proporcionar un alojamiento provisional hasta que sea posible el retorno a la vivienda de nueva edificación.

—La STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2004, en la que se recorre una resolución que declara la ruina de un inmueble de la Gerencia de Urbanismo de Madrid, y los ocupantes alegan el derecho de realojamiento.

En el ámbito de la jurisdicción civil:

—La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 2 de septiembre de 1998,²² que desestima la pretensión de un arrendatario a que se le reconozca el derecho de retorno en el inmueble declarado en ruina.

—El auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de septiembre de 2004, que declara extinguido un derecho de retorno por el que una vez establecido éste la finca se declara en ruina.

Esta doctrina es una consecuencia de la redacción de la Ley de arrendamientos urbanos de 1994 que, por defectos técnicos o por voluntad política, exige que la actuación aislada no expropiatoria sea consecuencia del planeamiento urbanístico, lo cual no estaba previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley del suelo de 1992, ni tampoco en el precepto de la LS1990 que es objeto de refundición. La regulación de la LS1992 permitía sostener que en los casos de declaración de ruina era ejercitable el derecho de

retorno, pero la redacción de la disposición adicional octava de la LAU1994 altera la cuestión al prever que el derecho exige que se trate de actuaciones aisladas no expropiatorias exigidas por el planeamiento.

A pesar de que es cierto que la declaración de ruina permite el derribo y que no se trata de una actuación exigida por el planeamiento (el régimen jurídico de la ruina de las edificaciones es lo establecido legalmente y no puede ser alterado por el planeamiento), la pregunta es: ¿cuáles son las actuaciones aisladas no expropiatorias exigidas por el planeamiento? Pues bien, la legislación vigente en Cataluña en materia de urbanismo no establece ningún supuesto de actuación aislada no expropiatoria exigida por el planeamiento que comporte el derribo y reedificación del inmueble, si se interpreta esta exigencia como la ejecución de un plan en sentido estricto.

Para finalizar, hay que advertir que en Cataluña, si se emprende la misma dirección que lo previsto en la legislación vasca ya vigente y se aprueba finalmente la Ley catalana del derecho a la vivienda, el derecho de retorno de los ocupantes legales en las actuaciones aisladas no expropiatorias, que son las características del proceso de transformación urbanística en el suelo urbano consolidado, puede resultar sustancialmente modificado. Para acreditar este extremo, en el anexo transcribimos los preceptos del Proyecto de ley en trámite que inciden más significativamente en esta cuestión.

te al tiempo de la presumible suscripción del contrato, a artículo 114.10 de la LAU, como en la actualmente vigente, artículo 28.b) de la LAU 29/1994. Carece, pues, de cobertura legal la pretensión municipal de extender la regulación legal prevista para los supuestos de actuaciones urbanísticas aisladas no expropiatorias exigidas por el planeamiento urbanístico a los supuestos de declaración de ruina aunque hubiere sido declarada en expediente iniciado por la propiedad ya que tal petición no altera la naturaleza del acto declaratorio de ruina formulada por la Administración. No conviene olvidar que la declaración de ruina no es una actuación urbanística exigida por el planeamiento sino el interés público derivado de la seguridad y salubridad absolutamente independiente del derribo que, autorizado por el gobernador civil, en aras al incremento del número de viviendas, regulaba el artículo 62.2 de la Ley de arrendamientos urbanos en la redacción anterior a la vigente Ley 29/1994, de 25 de noviembre.”

22. La sentencia pondera si una vez declarada administrativamente la ruina de un inmueble, el arrendatario era o no titular del derecho de retorno regulado en la disposición adicional octava de la LAU1994.

Los términos del debate son, de acuerdo con la sentencia, los siguientes:

“La cuestión suscitada en esta alzada es eminentemente jurídica, ya que se discute si el inquilino tiene el derecho de retorno en el caso de declaración de ruina de la finca acordada por el Ayuntamiento de Valls en fecha de 30 de noviembre de 1995. Al respecto debe indicarse que si bien la Ley de arrendamientos urbanos, de 24 de diciembre de 1964, sólo reconocía el derecho de retorno en el caso del número 2 del artículo 62, tal como lo regulaba el artículo 81 del citado texto legal. Sin embargo, el Real decreto legislativo de 26 de junio de

1992, por el que se aprobaba el Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, en su disposición adicional cuarta, venía a conceder un derecho de realojamiento, que se estimaba que sería aplicable también en los casos de declaración de ruina de la finca por la autoridad administrativa competente, disponiendo ‘que en la ejecución de actuaciones urbanísticas que requieran el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual, se deberá garantizar el derecho de aquéllos al realojamiento, con sujeción a las siguientes reglas: 3.ª) en las actuaciones aisladas no expropiatorias, los arrendatarios de las viviendas demolidas tendrán el derecho de retorno regulado en la legislación arrendaticia, ejercitable frente al dueño de la nueva edificación, cualquiera que sea éste. En estos casos, el propietario deberá garantizar el alojamiento provisional de los inquilinos hasta que sea posible el retorno’. Ciertamente la redacción del precepto, así como su inclusión en una ley de régimen del suelo, destinada fundamentalmente al planeamiento urbanístico suscitaba problemas sobre si era posible su aplicación en los supuestos de ruina de la finca tramitada en expediente administrativo contradictorio, cuestión que vino a resolver la sentencia de 25 de septiembre de 1992 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), que si bien se refería a la Ley 8/1990, de 25 de julio, era perfectamente subsumible en el mencionado precepto por existir entre ambas disposiciones una redacción idéntica, que respondía a una misma razón. Concretamente la citada sentencia en su fundamento jurídico segundo, después de aludir a la disposición adicional quinta de la ley citada, declaraba: ‘dicha disposición advierte que se trata de un derecho concedido sólo al ocupante de vivienda que constituya su residencia habitual, ejercitable frente al dueño el cual debe garantizar su alojamiento hasta que sea posible el retorno’.”

Anexo: Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña (preceptos de interés para la cuestión tratada en el trabajo)

Texto presentado (Registro 1158). Admisión a trámite: Mesa del Parlamento, 19 de diciembre de 2006.

Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, de 27 de diciembre de 2006, páginas 54 a 104.

Título III. De la calidad del parque inmobiliario de viviendas.

Capítulo II. Conservación y rehabilitación del parque inmobiliario residencial.

Sección Primera. Disposiciones generales.

Artículo 30. El deber de conservación y rehabilitación de los inmuebles.

30.1. Los propietarios de los inmuebles cuyo uso principal sea residencial deben conservarlos y rehabilitarlos de modo que siempre estén en condiciones de uso efectivo y adecuado, conforme a lo previsto en esta Ley y la normativa vigente en materia de ordenación de la edificación, patrimonio cultural y arquitectónico, protección del medio ambiente, paisaje y urbanismo.

30.2. En el marco de la Ley, el alcance del deber de conservación y rehabilitación de las viviendas puede ser objeto de concreción mediante:

a) Las normas reglamentarias dictadas por el Gobierno de la Generalidad, reguladoras de la calidad y en especial de las condiciones objetivas de habitabilidad de los inmuebles ya construidos.

b) Los planes de vivienda y programas de conservación y rehabilitación de viviendas que apruebe el Gobierno.

c) Los instrumentos de planificación territorial de la vivienda.

d) El planeamiento territorial y urbanístico que establece y las condiciones de uso y edificación y las de mejora, conservación y rehabilitación de los edificios.

e) Las normas y ordenanzas municipales.

30.3. Para que los propietarios puedan cumplir con el deber de conservación, los ocupantes estarán obligados a facilitarles información sobre el estado de la vivienda y la forma de utilización y de mantenimiento cuando se lo requieran.

30.4. Las obras en edificios existentes de uso residencial, en las que sea exigible proyecto técnico o dirección técnica para obtener licencia, no se pueden autorizar si no se prevé que, una vez ejecutadas, el inmueble cumplirá las condiciones de calidad previstas en el artículo 22.

30.5. Para asegurar el cumplimiento del deber de conservación y rehabilitación, se arbitrarán las medidas de fomento y de intervención administrativa que se recogen en las secciones siguientes, así como, en

su caso, las medidas sancionadoras previstas en el título VI.

30.6. El deber de conservación y rehabilitación se entenderá cumplido por parte del propietario si éste dispone de la certificación de aptitud prevista en el artículo 28.5 de esta Ley, vigente.

Artículo 31. Los límites del deber de conservación y rehabilitación.

31.1. El deber de conservación y rehabilitación no es exigible con cargo al propietario, en los supuestos contemplados por la normativa urbanística en relación con la declaración de estado ruinoso.

31.2. Toda declaración de ruina deberá contener un pronunciamiento con respecto a si la situación ha podido o no derivar de un previo incumplimiento del deber de conservación de la edificación.

31.3. En el supuesto de que la situación de ruina derive de incumplimiento del deber de conservación y rehabilitación, se procederá a incoar el correspondiente expediente sancionador, en los términos previstos en los artículos 122 y 123 de esta Ley. Transcurridos dos años desde el momento de la resolución administrativa de declaración de ruina sin que se haya procedido a la sustitución de la edificación o a su rehabilitación, la Administración competente podrá proceder a incluir el inmueble en el registro de solares sin edificar, con las consecuencias previstas al efecto en la normativa urbanística.

Artículo 32. La expropiación u ocupación temporal de elementos comunes o privativos en edificios en régimen de propiedad horizontal, por cumplimiento de deberes legales.

32.1. Cuando las obras, instalaciones o implantación de usos que hay que llevar a cabo en inmuebles en régimen de propiedad horizontal, para dar cumplimiento al deber de conservación y rehabilitación, precisen la expropiación u ocupación temporal de elementos privativos o comunes de uso privativo, los interesados podrán instar de la Administración competente el inicio de expediente a estos efectos.

32.2. El proyecto que incluya la previsión expropiatoria deberá contener un informe técnico y una memoria que acrediten y concreten esta necesidad de ocupación, definitiva o temporal. Su aprobación llevará implícita la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados, y la tramitación del expediente se ajustará al procedimiento previsto en las legislaciones urbanística y de expropiación forzosa.

Artículo 34. Derecho general de información y retorno de los ocupantes.

34.1. En todos los procedimientos administrativos instruidos para adoptar resoluciones que obliguen o habiliten por realizar obras para conservar o rehabilitar los inmuebles, debe darse audiencia a los ocu-

pantes legales y determinar las repercusiones que el procedimiento pueda tener sobre la situación de ocupación.

34.2. Con carácter general, y siempre que no sean responsables del correspondiente deterioro, los ocupantes legales de inmuebles que tengan su residencia habitual en edificios objeto de conservación y rehabilitación, o en edificios con resolución administrativa que los declare en ruina, tienen el derecho de retorno a cargo de la propiedad del inmueble, en los términos reconocidos por la legislación urbanística, hipotecaria y de arrendamientos urbanos.

Sección segunda. Fomento de la conservación y de la rehabilitación.

Artículo 35. Planes de fomento de la rehabilitación.

35.1. En los planes de vivienda, el Gobierno de la Generalidad deberá incluir programas o medidas específicas dirigidas a fomentar la rehabilitación del parque de viviendas y de edificios de viviendas, como subvenciones directas, ventajas fiscales, o actuaciones convenidas con propietarios e inquilinos.

35.2. El Plan de rehabilitación de viviendas de Cataluña, a desplegar por decreto del Gobierno de Cataluña, es el instrumento vertebrador de las políticas dirigidas a la conservación y rehabilitación del parque de viviendas existentes y debe prever el sistema y el calendario para su revisión y puesta en el día. Opcionalmente, este Plan se podrá integrar como parte de los instrumentos de planeamiento sectorial previstos en el artículo 11 y concordantes de esta Ley.

35.3 El Plan de rehabilitación podrá incluir actuaciones encaminadas a la rentabilización del parque privado de viviendas de alquiler con baja rentabilidad debido a la existencia de contratos anteriores al año 1985, de prórroga forzosa, consistentes en el establecimiento de convenios por parte de la Administración competente con los propietarios.

Los convenios podrán contemplar, previo estudio económico de la finca, el establecimiento de ayudas para compensar los diferenciales entre los alquileres percibidos y los alquileres que asegurarían el equilibrio económico. Los propietarios que establezcan convenio con el Departamento competente en materia de vivienda se deberán comprometer a alquilar las posibles viviendas desocupadas de la finca en régimen de alquiler protegido y a mantener las relaciones con los inquilinos con contratos de prórroga forzosa, respetándoles su derecho al mantenimiento en la vivienda.

Artículo 36. Declaración de áreas de conservación y rehabilitación.

36.1. Los municipios de Cataluña, para promover la rehabilitación de inmuebles en áreas especialmente degradadas o para evitar procesos que puedan comportar riesgos para la cohesión social, podrán delimitar

áreas de conservación y rehabilitación, previo un trámite de información pública y audiencia a los entes públicos afectados. La documentación de la delimitación incluirá:

a) Una memoria explicativa y justificativa que deberá incorporar los datos urbanísticos del área y una explicación sobre la estructura social y las condiciones de ocupación de los inmuebles.

b) Planos de información y de delimitación del área.

c) Relación de las propiedades afectadas, de acuerdo con la información que resulte del catastro y del Registro de la Propiedad.

36.2. La declaración de área de conservación y rehabilitación lleva implícita la declaración de utilidad pública de las actuaciones y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios afectados a los fines de expropiación y de imposición de servidumbres o de ocupación temporal de los terrenos, siempre que las necesidades, medios económico-financieros con que se cuente, la colaboración de la iniciativa privada y otras circunstancias concurrentes justifiquen la conveniencia del mecanismo expropiatorio.

36.3. El acuerdo de declaración deberá establecer, expresamente, los derechos y deberes del propietario y ocupantes legales y las habilitaciones de las administraciones públicas, en el marco de lo que prevé el artículo siguiente.

36.4. Cuando el área implique la obtención de financiación por parte del Gobierno de la Generalidad, o del Gobierno del Estado mediante los planes de vivienda convenida, la delimitación se deberá hacer de acuerdo con el departamento competente en materia de vivienda, o de política territorial.

36.5. La delimitación que afecte a más de un término municipal, podrá ser promovida por los municipios interesados o por los departamentos competentes, previa consulta a los municipios. La tramitación en estos casos será llevada a cabo por los correspondientes órganos urbanísticos de la Generalidad, de acuerdo con las directrices del departamento y siguiendo el procedimiento establecido en la legislación urbanística.

36.6. Por decreto del Gobierno de la Generalidad y en defecto de actuación del ente o los entes locales afectados, el Departamento que haya realizado la declaración podrá aprobar la delimitación del área y subrogarse en las tareas municipales indicadas en el presente artículo.

36.7. La declaración podrá adoptarse en el marco y la tramitación de las políticas dirigidas a la rehabilitación y promoción específica de barrios y áreas urbanas que requieren atención especial, previstas en la Ley 2/2004, de 4 de junio. Asimismo, se consideran incluidas en este concepto las áreas de rehabilitación

integral y las áreas de rehabilitación de centros históricos que se hubieran delimitado y declarado en base a anteriores marcos de la política de vivienda, siempre que no hayan completado su programa de actuaciones.

Artículo 37. Alcance de la declaración.

La declaración de área de conservación y rehabilitación puede comportar:

a) La aprobación de normas, planes y programas de conservación y rehabilitación de viviendas, que especifiquen justificadamente el deber de conservación y rehabilitación en relación con todos o con algunos inmuebles concretos incluidos en el área delimitada.

b) La adopción de órdenes de ejecución encaminadas al cumplimiento de los deberes de conservación y rehabilitación en el área. En el caso de que el coste de las obras supere el límite del deber imputable a los propietarios, la Generalidad o los entes locales podrán sufragar la parte de exceso y suspender, en su caso, los procedimientos de declaración de ruina iniciados.

c) La incorporación de las previsiones contenidas en el artículo 16, relativas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.

d) La exigencia de que cualquier procedimiento iniciado ante la Administración del Estado al amparo de la legislación de arrendamientos urbanos, para obtener autorización de derribo en inmuebles ocupados, haya de contar con informe favorable de la Dirección General de Vivienda, donde se pondere la necesidad de incrementar de forma inmediata el parque residencial.

e) La creación de un órgano administrativo o ente gestor que impulse el proceso de rehabilitación, movilice a los sectores concernidos y asesore y proteja los derechos de los ocupantes legales de los inmuebles residenciales, especialmente cuando padezcan situaciones de presión para abandonar los inmuebles.

f) La suscripción de convenios de rehabilitación, previstos en el artículo 39 de esta Ley, que pueden acompañarse de la dotación de un fondo económico específico.

g) La obligación de incorporar en el mercado inmobiliario los inmuebles desocupados en un plazo concreto. ■

QDL CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

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 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, conjuntamente 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.

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 octubre de 2006 hasta al 31 de enero de 2007, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan desde el 1 de noviembre de 2006 hasta el 28 de febrero de 2007.

Las sentencias seleccionadas, de todos los órdenes jurisprudenciales, ofrecen un amplio abanico de cuestiones muy diversas.

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.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. Inadmisión de un recurso contencioso-administrativo contra una denegación presunta por extemporaneidad. Cómputo de plazos para la impugnación del silencio administrativo negativo

SUPUESTO DE HECHO

La empresa adjudicataria de un contrato de obras interpuso un recurso de reposición contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ansoain por el que se le requería la presentación de un proyecto de reparación de los vicios de construcción advertidos en relación con las obras. Con posterioridad a la interposición de dicho recurso, el Ayuntamiento antes citado aprobó la ejecución subsidiaria de las obras, al haber transcurrido el plazo para la presentación del proyecto requerido. La empresa adjudicataria interpuso un recurso de reposición contra dicho acuerdo, siendo éste desestimado por decreto del Alcalde. La empresa interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicho decreto y contra la desestimación presunta del primer recurso de reposición. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra inadmitió el recurso en cuanto a la impugnación de la desestimación presunta del primer recurso de reposición y estimó el recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de Alcaldía, declarando la nulidad del mismo.

El recurrente formuló un recurso de amparo contra la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, al considerar que vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la jurisdicción, por haberse inadmitido por extemporáneo el primer recurso de reposición, al apreciar la caducidad del plazo de seis meses que establece el artículo 46.1 *in fine* de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente y declarando la nulidad de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con respecto a la cuestión planteada, el Tribunal reiteró su jurisprudencia en relación con la figura del silencio administrativo de carácter negativo.

Al respecto, el Tribunal recordó que ésta “es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, de manera que en estos casos no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales que prime la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver”, recordando a continuación que “resultan contrarios al artículo 24.1 de la CE los pronunciamientos judiciales de inadmisión por extemporaneidad fundamentados en que se considere la existencia de una resolución administrativa expresa dictada fuera de plazo sólo como un acto confirmatorio de lo ya resuelto de manera consentida y firme por silencio administrativo, en tanto que supone una interpretación irrazonable deducir del comportamiento pasivo de quien recurre, derivado de la propia inactividad de la Administración, un consentimiento con el contenido de un acto administrativo que fue impugnado” (FJ 2).

En este sentido, el Tribunal advirtió lo siguiente:

“no puede calificarse de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental [a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE)] aquélla que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales, cuando [...] caben otras inter-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 329/2004

RESOLUCIÓN: 40/2007

FECHA: 26 de febrero de 2007

PONENTE: D. Manuel Aragón Reyes

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.1 de la CE

DOCTRINA: Inadmisión de un recurso contencioso-administrativo contra una denegación presunta por extemporaneidad. Cómputo de plazos para la impugnación del silencio administrativo negativo (FJ 2 y 3)

pretaciones que, en último término, eviten la contradicción y posición contraria al principio *pro actione* que supone admitir que las notificaciones defectuosas (que implican el cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver expresamente) puedan surtir efectos ‘a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda’ (artículo 58.3 de la LPC), esto es, sin consideración a plazo alguno, y sin embargo, en los casos en que la Administración ha incumplido total y absolutamente su obligación de resolver, como son los de silencio con efecto desestimatorio, imponer sin otra consideración el cómputo del plazo para acceder a la jurisdicción a partir del día en que, de acuerdo con la normativa específica que resulte aplicable, se entienda presuntamente desestimada la petición o el recurso potestativo de reposición (artículo 46, apartados 1 y 4 de la LJCA.” (FJ 2)

En atención a lo expuesto, el Tribunal consideró que:

“resulta contraria a las exigencias impuestas por el principio *pro actione*, como garantía inherente al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), la interpretación y aplicación que de la institución del silencio administrativo, en relación con el cómputo de los plazos para recurrir en vía contencioso-administrativa, se ha realizado en la sentencia recurrida en amparo para concluir la existencia del óbice procesal de extemporaneidad y dejar así imprejuizado el fondo de la impugnación dirigida contra una resolución desestimatoria presunta del Ayuntamiento de Ansoain.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal otorgó el amparo solicitado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la fijación y cómputo de plazos para la impugnación del silencio administrativo negativo, ver las siguientes sentencias: STC 14/2006, de 16 de enero (Aranzadi 2006/14); STC 175/2006, de 5 de junio (Aranzadi 2006/175); STC 321/2006, de 20 de noviembre (Aranzadi 2006/321); STC 186/2006, de 19 de junio (Aranzadi 2006/186); STC 188/2003, de 27 de octubre (Aranzadi 2003/188); STC 220/2003, de 15 de diciembre (Aranzadi 2003/220); STC 321/2006, de 20 de noviembre (Aranzadi 2006/321), entre otras.

Tribunal Constitucional. Contratación laboral y temporal de profesores de religión por la Administración educativa, a propuesta exclusiva y vinculante de la Iglesia católica. Exigencia de la idoneidad eclesial como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo. Derecho fundamental a la libertad religiosa de los profesores. Principio de igualdad. Tutela judicial efectiva

SUPUESTO DE HECHO

Una profesora de religión interpuso una demanda de tutela de derechos fundamentales contra el Ministerio de Educación y Ciencia, la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Obispado de Canarias tras comunicársele que no le sería renovado su contrato, por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado. La demandante invocaba la lesión del principio de igualdad y del derecho a la intimidad personal, interesando la nulidad de la propuesta del Obispado para la contratación de profesores de religión, así como la contratación de la demandante y el abono de indemnizaciones.

El juzgado de lo social correspondiente desestimó la demanda. La actora interpuso un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional segunda de la LOGSE (en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), y con los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por el Instrumento de 4 de diciembre de 1979, por posible infracción de los artículos 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los párrafos tercero y cuarto del artículo III, el artículo VI y el artículo VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, así como respecto del párrafo primero de la disposición adicional segunda de la LOGSE, en la redacción dada por la Ley 50/1998, desestimando la cuestión en todo lo demás.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal centró su análisis en los dos primeros párrafos del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979, y el párrafo añadido por el artículo 93 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, a la disposición adicional segunda de la LOGSE, por tratarse, a su parecer, de los únicos preceptos relevantes para el fallo del proceso. El Tribunal consideraba que la resolución del problema objeto de debate pasaba por la aplicación de dichas normas, que confiaban al Obispado la propuesta de contratación de profesorado y descartaban, en una primera interpretación, la posibilidad de que la Administración pública hiciera otra cosa que asumir la propuesta.

El órgano judicial que planteaba la cuestión de inconstitucionalidad consideraba que el recurso por las resoluciones analizadas a la contratación laboral y que dicha contratación se llevara a cabo por las administraciones educativas, constituyendo así empleo público, determinaba la inmunidad frente al Derecho estatal de las decisiones sobre contratación y renovación adoptadas por el Obispado y condicionaba el acceso al empleo público y el mantenimiento en el mismo sobre la base de criterios de índole religiosa o confesional, vulnerándose con ello los artículos 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3 de la Constitución.

Al respecto, el Tribunal declaró que:

“los efectos civiles de las resoluciones eclesiales, regulados por la ley civil, son de la exclusiva competencia de los jue-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno.

Jurisdicción constitucional. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4831/2002

RESOLUCIÓN: 38/2007

FECHA: 15 de febrero de 2007

PONENTE: D. María Emilia Casas Baamonde

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3 de la CE; disposición adicional segunda de la Ley orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), y artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por el Instrumento de 4 de diciembre de 1979

DOCTRINA: Contratación laboral y temporal de profesores de religión por la Administración educativa, a propuesta exclusiva y vinculante de la Iglesia católica. Exigencia de la idoneidad eclesial como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo. Derecho fundamental a la libertad religiosa de los profesores. Principio de igualdad. Tutela judicial efectiva (FJ 7, 9 y 10)

ces y tribunales civiles, como consecuencia de los principios de aconfesionalidad del Estado (artículo 16.3 de la CE) y de exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3 de la CE).” (FJ 7)

Por tanto, según el Tribunal:

“No cabe [...] aceptar que los efectos civiles de una decisión eclesial puedan resultar inmunes a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado. Siendo ello así, habrá de analizarse si la regulación cuestionada conduce necesariamente a tal conclusión.” (FJ 7)

El Tribunal consideró que ni la disposición adicional segunda de la LOGSE ni el Acuerdo de 1979 contenían ninguna exclusión de la potestad jurisdiccional de los órganos del Estado. En relación con el Acuerdo de 1979, el Tribunal advirtió que el hecho de que la designación de los profesores de religión recaerá en personas previamente propuestas por el ordinario diocesano, y que dicha propuesta implicara la previa declaración de su idoneidad basada en consideraciones de índole moral y religiosa, “no implica en modo alguno que tal designación no pueda ser objeto de control por los órganos judiciales del Estado, a fin de determinar su adecuación a la legalidad, como sucede con todos los actos discrecionales de cualquier autoridad cuando producen efectos en terceros, según hemos afirmado en otros supuestos, bien en relación con la denominada ‘discrecionalidad técnica’ [...], bien en el caso de los nombramientos efectuados por el sistema de ‘libre designación’” (FJ 7).

A este respecto, el Tribunal señaló que:

“El derecho de libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado implican que la impartición de la enseñanza religiosa asumida por el Estado en el marco de su deber de cooperación con las confesiones religiosas se realice por las personas que las confesiones consideren cualificadas para ello y con el

contenido dogmático por ellas decidido. Sin embargo, por más que haya de respetarse la libertad de criterio de las confesiones a la hora de establecer los contenidos de las enseñanzas religiosas y los criterios con arreglo a los cuales determinen la concurrencia de la cualificación necesaria para la contratación de una persona como profesor de su doctrina, tal libertad no es en modo alguno absoluta, como tampoco lo son los derechos reconocidos en el artículo 16 de la CE ni en ningún otro precepto de la Constitución, pues en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional.” (FJ 7)

Por tanto:

“ni las normas legales cuestionadas excluyen la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado ni tal exclusión resultaría posible.” (FJ 7)

En consecuencia, el Tribunal entendió que ni el artículo III del Acuerdo de 1979 suscrito entre el Estado español y la Santa Sede, ni el párrafo segundo de la disposición adicional segunda de la LOGSE, excluían el control jurisdiccional de las decisiones de contratación de los profesores de religión ni vulneraban, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE.

En segundo lugar, el órgano judicial consideraba vulnerado el artículo 14 de la CE, en relación con los artículos 9.3 y 103.3 de la CE, al tratarse de contratos laborales en los que no se aplicaba el artículo 23.2 de la CE y constituir la religión uno de los motivos de discriminación expresamente vedados por el artículo 14 de la CE.

Al respecto, el Tribunal analizó si la contratación laboral por las administraciones educativas de los profesores de religión, al venir condicionada por la previa declaración eclesiástica de idoneidad, vulneraba el acceso a un empleo público en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, discriminando a los posibles candidatos en función de criterios religiosos.

Sobre esta cuestión, el Tribunal declaró lo siguiente:

“no apreciamos que la opción legislativa de que los profesores que hayan de impartir la enseñanza de la religión católica en los centros escolares lo hagan suscribiendo un contrato de trabajo con la correspondiente Administración pública educativa pueda afectar al derecho a la igualdad y no-discriminación del artículo 14 de la CE.” (FJ 9)

A este respecto, el Tribunal recordó que:

“se infringe el principio de igualdad si la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de las condiciones de mérito y capacidad o, dicho en otros términos, cuando el elemento diferenciador sea arbitrario o carezca de fundamento racional.” (FJ 9)

Dicho esto, el Tribunal declaró que:

“en el caso ahora analizado la exigencia para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la declaración eclesiástica de idoneidad no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y, desde luego, no implica una discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para la impartición, durante el curso escolar, de la enseñanza de la religión católica.” (FJ 9)

Por tanto, según el Tribunal:

“la declaración de idoneidad no constituye sino uno de los requisitos de capacidad necesarios para poder ser contratado a tal efecto, siendo su exigencia conforme al derecho a la igualdad de trato y no-discriminación (artículo 14 de la CE) y a los principios que rigen el acceso al empleo público (artículo 103.3 de la CE).” (FJ 9)

Finalmente, el Tribunal añadió que:

“a partir del reconocimiento de la garantía del derecho de libertad religiosa de los individuos y las comunidades del artícu-

lo 16.1 de la CE no resultaría imaginable que las administraciones públicas educativas pudieran encomendar la impartición de la enseñanza religiosa en los centros educativos a personas que no sean consideradas idóneas por las respectivas autoridades religiosas para ello. Son únicamente las iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla dentro de la observancia, como hemos dicho, de los derechos fundamentales y libertades públicas y del sistema de valores y principios constitucionales. En consecuencia, si el Estado, en ejecución de la obligación de cooperación establecida en el artículo 16.3 de la CE, acuerda con las correspondientes comunidades religiosas impartir dicha enseñanza en los centros educativos, deberá hacerlo con los contenidos que las autoridades religiosas determinen y de entre las personas habilitadas por ellas al efecto dentro del necesario respeto a la Constitución que venimos señalando.” (FJ 9)

Por su parte, el Tribunal también negó que la exigencia de idoneidad eclesiástica como requisito para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión en los centros de enseñanza pública vulnerara el artículo 9.3 de la CE, declarando que:

“no puede tacharse de arbitraria una norma que persigue una finalidad razonable y que no se muestra desprovista de todo fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues entrar en el enjuiciamiento de cuál haya de ser su medida justa supone debatir una opción tomada por el legislador que, aun cuando pueda ser discutible, no tiene que ser necesariamente arbitraria ni irracional.” (FJ 10)

Finalmente, el Tribunal consideró que:

“esta exigencia no puede entenderse que vulnere el derecho individual a la libertad religiosa (artículo 16.1 de la CE) de los profesores de religión, ni la prohibición de toda obligación de declarar sobre su religión (artículo 16.2 de la CE), principios que sólo se ven afectados en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública (artículos 16.1 y 16.3 de la CE) y con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (artículo 27.3 de la CE). Resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva.” (FJ 10)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los párrafos tercero y cuarto del artículo III, el artículo VI y el artículo VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, así como respecto del párrafo primero de la disposición adicional segunda de la LOGSE y desestimó la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la inaplicación del artículo 23.2 de la CE a los contratos laborales, ver las siguientes sentencias: STC de 23 de mayo de 2005 (Aranzadi 2005/132), y STC de 10 de mayo de 2004 (Aranzadi 2004/86).

Sobre el derecho a la igualdad en el acceso al empleo público, ver las siguientes sentencias: STC de 11 de marzo de 2004 (Aranzadi 2004/37); STC de 8 de marzo de 2004 (Aranzadi 2004/34), y STC de 17 de noviembre de 2003 (Aranzadi 2003/202), entre otras.

Aplicado a los contratados laborales de las administraciones públicas: STC, Madrid, de 25 de abril de 2002 (Aranzadi 2002/96), y STC, Madrid, de 16 de julio de 2001 (Aranzadi 2001/166), entre otras.

Sobre el carácter aconfesional del Estado, ver las siguientes sentencias: STC de 15 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/46); STC de 16 de noviembre de 1993 (Aranzadi 1993/340), y STC de 13 de mayo de 1982 (Aranzadi 1982/24).

Sobre el derecho fundamental a la libertad religiosa, ver las siguientes sentencias: STC de 15 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/46); STC de 28 de febrero de 1994 (Aranzadi 1994/63); STC de 27 de junio de 1990 (Aranzadi 1990/120), y STC de 13 de febrero de 1985 (Aranzadi 1985/19).

Sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ver las siguientes sentencias: STC de 13 de enero de 1997 (Aranzadi 1997/6), y STC de 26 de enero de 1981 (Aranzadi 1981/1).

Sobre la inserción de la enseñanza de la religión católica en el sistema educativo, ver la siguiente sentencia: STC de 13 de febrero de 1981 (Aranzadi 1981/5).

Tribunal Constitucional. Denegación de la rehabilitación del plazo de presentación de un escrito de demanda. Tutela judicial efectiva

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Godella sancionó a una sociedad por la realización de determinadas obras sin haber obtenido la preceptiva licencia municipal. La sociedad sancionada interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución. El juzgado correspondiente concedió un plazo de veinte días para que se dedujera la demanda correspondiente. Posteriormente, éste declaró caducado el recurso, a la vista del transcurso del plazo concedido, admitiendo el escrito conforme preveía el artículo 52.2 si se presentaba el día de la notificación del auto correspondiente. El letrado del recurrente intentó presentar el escrito de demanda a las 22.10 horas de ese mismo día, siendo éste inadmitido al amparo de lo dispuesto en el artículo 41 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, modificado por el Reglamento 1/2001, de 10 de enero, ambos del Consejo General del Poder Judicial. Finalmente, el escrito de demanda fue presentado el día siguiente. El juzgado correspondiente denegó la rehabilitación del plazo de presentación del escrito de demanda y acordó su inadmisión y el archivo de las actuaciones.

Dicha decisión se fundamentó en la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la aplicación del artículo 135 de la LECiv sólo era supletoria cuando "no exista en la Ley de la jurisdicción contenciosa administrativa precepto alguno que establezca el cómputo de los plazos de presentación de escritos". Y, como quiera que en el artículo 52.2 de la LJCA específicamente se determinaba el momento en el que debía presentarse el escrito de demanda para los casos en que ésta no se hubiese presentado dentro del plazo establecido, se entendió que únicamente podía presentarse tal día y no al siguiente, pues al existir una regulación completa del supuesto en cuestión en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 no era aplicable en ningún caso de forma subsidiaria la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil.

La sociedad sancionada formuló un recurso de apelación, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Ante ello, el recurrente formuló un recurso de amparo, por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, reconociendo el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva y declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal reiteró lo declarado en anteriores ocasiones acerca de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de acceso a la jurisdicción por la decisión judicial de inadmitir por su extemporaneidad una demanda contencioso-administrativa. Al respecto, éste declaró que:

"la interpretación y aplicación de los preceptos señalados realizada por los órganos judiciales ha impedido que los deman-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 2864/2004

RESOLUCIÓN: 25/2007

FECHA: 12 de febrero de 2007

PONENTE: D. María Emilia Casas Baamonde

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.1 de la CE; artículos 52 y 128.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), y artículo 135.1 de la Ley de enjuiciamiento civil

DOCTRINA: Denegación de la rehabilitación del plazo de presentación de un escrito de demanda. Tutela judicial efectiva (FJ 2 y 3)

dantes dispongan enteramente del plazo legal para la deducción de la demanda y ha supuesto por ello una lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva." (FJ 2)

Asimismo, este advirtió que:

"Como las normas que establecen plazos para la evacuación de trámites procesales suponen el reconocimiento del derecho a disponer del plazo en su totalidad [...], constituye una interpretación de las reseñadas como vedadas en materia de acceso a la jurisdicción, por el desproporcionado sacrificio de intereses que comporta, la que produce como resultado final un acortamiento del plazo para dicho acceso, haciendo impracticable el derecho al disfrute del plazo para interponer el recurso en su totalidad." (FJ 2)

Centrándose en el caso enjuiciado, el Tribunal destacó que:

"ante la inequívoca posibilidad legal de presentación de la demanda 'dentro del día en que se notifique el auto' de caducidad (artículos 52.2 y 128.1 de la LJCA), es lo cierto, en primer lugar, que tal presentación fue intentada por la representación de la sociedad recurrente en dicho día en el juzgado de guardia, único lugar en el que en tal momento era posible (a las 22.10 horas), y que fue rechazada por el mismo con invocación del artículo 41 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, 'modificado por el Reglamento 1/2001, de 10 de enero, ambos del Consejo General del Poder Judicial'." (FJ 3)

En relación con el artículo 41 del Reglamento 5/1995, el Tribunal advirtió lo siguiente:

"Este artículo, que tras dicha modificación afirmaba que 'los juzgados de instrucción que presten el servicio de guardia no admitirán la presentación de escrito alguno dirigido a otros órdenes jurisdiccionales', había sido ya nuevamente modificado

por el Acuerdo reglamentario 3/2001, de 21 de marzo, en el sentido siguiente: ‘Los juzgados de instrucción en funciones de guardia, cuando en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135.2 de la Ley de enjuiciamiento civil no admitan la presentación de un escrito, vendrán obligados a entregar al presentador del mismo, a solicitud de éste, una certificación acreditativa del intento de presentación, con mención del escrito, del órgano y del procedimiento a que se refiere y de la no-admisión del mismo en el juzgado de guardia en aplicación del citado precepto legal.’ (FJ 3)

Finalmente, el Tribunal destacó que:

“las resoluciones ahora impugnadas no ofrecieron respuesta a la cuestión capital de ‘cómo y dónde el demandante, en aplicación de esa pretendidamente completa regulación de la materia, debería haber presentado la demanda fuera del horario

ordinario en el que permanece abierto el Registro para preservar su derecho a disponer del plazo en su integridad.’” (FJ 3)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal otorgó el amparo solicitado, anulando las resoluciones recurridas, con retroacción de actuaciones al momento anterior al dictado del primero.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la inadmisión de una demanda por extemporaneidad, ver la siguiente sentencia: STC 343/2006.

En similares términos: STC 239/2005, de 26 de septiembre (Aranzadi 2005/239); STC 222/2003, de 15 de diciembre (Aranzadi 2003/222); STC 64/2005, de 14 de marzo (Aranzadi 2005/64); STC 335/2006, de 20 de noviembre (Aranzadi 2006/335); STC 343/2006, de 11 de diciembre (Aranzadi 2006/343), y STC 348/2006, de 11 de diciembre (Aranzadi 2006/348).

Tribunal Constitucional. Desestimación de una demanda por formulación extemporánea. Tutela judicial efectiva

SUPUESTO DE HECHO

El Consejo de Gobierno de la Región de Murcia declaró la nulidad de la Orden de la Consejería de Educación y Cultura en el extremo en el que incluía a G en la lista de interinos correspondiente a la especialidad de taller de vidrio y cerámica del cuerpo de profesores técnicos de formación profesional. La interesada interpuso un recurso de reposición contra dicho acuerdo y, ante la falta de resolución del mismo en el plazo de un mes, un recurso contencioso-administrativo.

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia concedió a la recurrente un plazo de veinte días para que formalizara la demanda. Ante el dictado de resolución expresa desestimatoria del recurso de reposición, éste acordó la ampliación del recurso contencioso-administrativo y concedió un nuevo plazo para la formalización de la demanda. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró caducado el recurso por falta de presentación de la demanda en plazo, al amparo del artículo 52.2 de la LJCA. Al cabo de unos días, G presentó la demanda, que resultó desestimada por estar fuera de plazo.

La interesada formuló un recurso de súplica, al entender que, si bien era cierto que el artículo 128 de la LJCA se refiere a la presentación del escrito dentro del día de la notificación del auto y que tal presentación se produjo al día siguiente, la misma debía considerarse en plazo por permitirlo el artículo 135.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, de aplicación supletoria, que establece que la presentación de escritos sujeta a plazo podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al de vencimiento del mismo. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso.

El recurrente formuló un recurso de amparo contra la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, al considerar que vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en su vertiente de acceso a la jurisdicción como en su vertiente de acceso al recurso, al inadmitir por extemporánea la formulación de una demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal reiteró su jurisprudencia en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de acceso a la jurisdicción por la decisión judicial de inadmitir por su extemporaneidad una demanda contencioso-administrativa.

Al respecto, el Tribunal aclaró en primer lugar que:

“no corresponde a este Tribunal, sino a la jurisdicción ordinaria [...] efectuar un pronunciamiento general acerca de si el

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 1543/2004

RESOLUCIÓN: 343/2006

FECHA: 11 de diciembre de 2006

PONENTE: D. María Emilia Casas Baamonde

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.1 de la CE; artículos 52.2 y 128.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, y artículo 135.1 de la Ley de enjuiciamiento civil

DOCTRINA: Desestimación de una demanda por formulación extemporánea. Tutela judicial efectiva (FJ 4)

artículo 135.1 de la LECiv es o no aplicable con carácter supletorio en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, y mucho menos compete al ámbito propio de la jurisdicción constitucional establecer un catálogo de los distintos supuestos de escritos sujetos a plazo contemplados en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa cuya presentación puede ampararse en el indicado precepto.”

Señalando a continuación que:

“Sólo nos compete al respecto enjuiciar si la interpretación y aplicación de las normas que regulan la causa de inadmisión estimada por los órganos judiciales son respetuosas con el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo y, en ello, como se ha reseñado, si están fundadas en Derecho y, además, no son de un rigor desproporcionado en relación con los fines que se tratan de proteger con el establecimiento legal de la causa de inadmisión aplicada.” (FJ 4)

A continuación, el Tribunal aclaró que:

“no es éste un supuesto de aplicación del artículo 128 de la LJCA, pues basta la lectura del precepto para constatar que “lo que en él se regula es la improrrogabilidad de los plazos procesales, cuestión ajena a la aquí suscitada, que se refiere, en correcto rigor técnico, a un problema relativo a la posibilidad de disponer en su integridad del plazo legalmente establecido, y no a la de la prórroga de aquel del que goza el recurrente.” (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal señaló lo siguiente:

“ante la afirmación apodíctica de las resoluciones judiciales impugnadas en aquel caso, acerca de que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa contiene una regulación específica y completa de la materia que impediría acudir a la aplicación supletoria del artículo 135.1 de la LECiv, objetamos [...] que no se ofrecía respuesta a una cuestión capital: ‘cómo y dónde el demandante, en aplicación de esa pretendidamente completa regulación de la materia, debería haber presentado la demanda fuera del horario ordinario en el que permanece abierto el Registro para preservar su derecho a disponer del plazo en su integridad’.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal denunció:

“la ausencia de razonamiento alguno acerca de la forma de coordinar lo dispuesto en los artículos 133.1, final del inciso primero, de la LECiv (el día del vencimiento expirará a las veinticuatro horas), 135.1 de la LECiv (los escritos sujetos a plazo pueden presentarse en el órgano judicial al que se dirigen hasta las quince horas del día siguiente al del vencimiento), 135.2 de la LECiv (en las actuaciones ante los tribunales civiles no se admitirá la presentación de escritos en el juzgado de guardia) y 41 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de

las actuaciones judiciales, según la redacción dada por el Acuerdo reglamentario 3/2001, de 21 de marzo, del Consejo General del Poder Judicial.” (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal otorgó el amparo solicitado, al haberse inadmitido por extemporánea la demanda formulada por la actora mediante una argumentación que “no supera el canon de razonabilidad aplicable en cuanto que le priva de la posibilidad de disponer de la integridad del plazo o término establecido al respecto en el artículo 52.2 LJCA”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En este mismo número, sobre la inadmisión de una demanda por extemporaneidad, ver la siguiente sentencia: STC 25/2007.

En similares términos, ver las siguientes sentencias: STC 239/2005, de 26 de septiembre (Aranzadi 2005/239); STC 222/2003, de 15 de diciembre (Aranzadi 2003/222); STC 64/2005, de 14 de marzo (Aranzadi 2005/64); STC 335/2006, de 20 de noviembre (Aranzadi 2006/335); STC 343/2006, de 11 de diciembre (Aranzadi 2006/343), y STC 348/2006, de 11 de diciembre (Aranzadi 2006/348).

Tribunal Constitucional. Imposición de deberes de cesión de suelo dotacional o de aprovechamiento urbanístico para los propietarios de suelo urbano consolidado

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Albacete requirió a una empresa para que ingresara a las arcas municipales la cantidad de 864.052 pesetas, importe que representaba, según los cálculos del Ayuntamiento, el diez por ciento del aprovechamiento urbanístico que la empresa debía ceder para que le fuera concedida la licencia de obra de nueva planta. La empresa interpuso un recurso de reposición contra dicha resolución, siendo éste desestimado. Contra dicha resolución, formuló un recurso contencioso-administrativo. El juzgado de lo contencioso-administrativo competente planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 51.1.2.d) y e), 69.2 y 71.3 de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la actuación urbanística, por posible vulneración del artículo 149.1.1 de la CE. El órgano judicial alegaba que dichos preceptos representaban la imposición de unos deberes de cesión a los propietarios de suelo urbano consolidado en contra de lo previsto, con carácter de condición básica ex artículo 149.1.1 de la CE, en el artículo 14 de la Ley del suelo.

El Tribunal Constitucional estimó parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 51.1.2.d), 51.1.2.e), 69.2.a).1, 69.2.a).2, 69.2.a).3, 69.2.b) y 71.3 [en cuanto se conecte con los apartados a).2 y 3 del artículo 69.2], por establecer deberes de cesión de suelo dotacional o de aprovechamiento urbanístico para los propietarios de suelo urbano consolidado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con carácter previo, el Tribunal advirtió que los preceptos objeto de la cuestión de inconstitucionalidad habían perdido vigencia, en la medida que su redacción había sido modificada por la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 1/2003, de 7 de enero, habiéndose incorporado posteriormente al Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística, aprobado por el Decreto legislativo 1/2004, de 28 de diciembre (LCLM 2005, 13). La reforma de dichos preceptos se había traducido, esencialmente, en la incorporación expresa de la distinción entre el suelo urbano consolidado por la urbanización y el

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno.
Jurisdicción constitucional. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 8450/2005

RESOLUCIÓN: 365/2006

FECHA: 21 de diciembre de 2006

PONENTE: D. Ramón Rodríguez Arribas

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 149.1.1 CE; artículo 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones (LRSV), y artículos 51.1.2.d), 51.1.2.e), 69.2.a).1, 69.2.a).2, 69.2.a).3, 69.2.b) y artículo 71.3, en cuanto se conecte con los apartados a).2 y 3 del artículo 69.2 de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la actuación urbanística

DOCTRINA: Imposición de deberes de cesión de suelo dotacional o de aprovechamiento urbanístico para los propietarios de suelo urbano consolidado (FJ 5, 6 y 8)

no consolidado, cuya ausencia se denunciaba en el proceso constitucional.

Dicho lo anterior, el Tribunal centró el estudio a los artículos 51.1.2.e) y 69.2.a).2 de la Ley 2/1998, de los que el órgano judicial destacaba que imponían deberes de cesión a todos los propietarios de suelo urbano cuando en la legislación estatal dictada al amparo del artículo 149.1.1 de la CE los propietarios de suelo urbano consolidado quedaban dispensados de dichos deberes. Concretamente, esa dispensa se plasmaba en el artículo 14.1 de la Ley del suelo, conforme al cual:

“Los propietarios de terrenos en suelo urbano consolidado por la urbanización deberán completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen –si aún no la tuvieron– la condición de solar, y edificarlos en plazo si se encontraran en ámbitos para los que así se haya establecido por el planeamiento y de conformidad con el mismo.”

Por el contrario, según señalaba el órgano de instancia, en el artículo 14.2, apartados a), b) y c), del mismo texto legal se enumeraban diversos deberes de cesión, así como de equidistribución [apartado d)] para los “propietarios de terrenos de suelo urbano que carezcan de urbanización consolidada”.

En relación con la cuestión planteada, el Tribunal recordó que: “lo dispuesto en el artículo 14 de la LRSV se incardina dentro de la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.1 de la CE para el establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Por una parte, porque no existe extralimitación competencial desde el momento en que los criterios de distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado los establece –en los límites de la realidad– cada comunidad autónoma.” (FJ 5)

Por su parte, éste señaló que:

“el artículo 47 de la CE no atribuye competencias sino que fija un objetivo común para los distintos entes públicos. Por ello, tanto el Estado como las comunidades autónomas deberán, en el marco de sus competencias, procurar la participación de la comunidad en aquellas plusvalías urbanísticas. La identificación y valoración de plusvalías urbanísticas es [...] una tarea instrumental en el ejercicio de las distintas competencias a través de las cuales se puede cumplir el fin redistributivo del artículo 47 de la CE. Por eso el Estado, al fijar las condiciones mínimas para la igualación de los propietarios (artículo 149.1.1 de la CE), debe tomar en consideración qué propiedades se benefician con más intensidad de las plusvalías urbanísticas.” (FJ 5)

Asimismo, con respecto al alcance de las competencias autonómicas y estatales en la materia, el Tribunal declaró que:

“Esa identificación y valoración de las plusvalías es, en todo caso, instrumental para el ejercicio de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 de la CE y no impide una identificación y valoración distinta de cada comunidad autónoma en el ejercicio de sus competencias [...] para la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas (mediante la regulación de las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad) el Estado dispone de un amplio margen de configuración. El artículo 47 de la CE no impide, en este sentido, que la participación en las plusvalías se concentre en determinadas clases de suelo. De esta forma, la hipotética existencia de plusvalías urbanísticas en suelo urbano consolidado, cuya realidad no corresponde dilucidar a este Tribunal, no excluye a priori una norma estatal que alivie de cesiones de aprovechamiento a sus propietarios (*ibidem*).” (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal recordó que:

“el artículo 14.2.c) de la LRSV [...] únicamente prevé deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano ‘no consolidado por la urbanización’. En cambio, el artículo 14.1 de la LRSV se limita a establecer, como deberes específicos de los propietarios de terrenos en suelo urbano ‘consolidado’, el de completar a su costa la urbanización hasta que alcancen la condición de solar y el de edificarlos en los plazos establecidos por el planeamiento.” (FJ 5)

Según el Tribunal, lo anterior implicaba que:

“los propietarios de suelo urbano ‘consolidado’ no soportan (a diferencia de los propietarios de suelo urbano ‘no consolidado’) deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico, ni siquiera en solares o terrenos ya edificados pero sujetos a obras de rehabilitación.” (FJ 5)

Dicho esto, y con respecto los preceptos objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Aun siendo cierto que la literalidad del artículo 69.2 de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha no permite excluir radicalmente de su ámbito de aplicación a los terrenos situados en suelo urbano no con-

solidado, no es menos cierto que en dicho ámbito de aplicación queda indudablemente comprendido el suelo urbano consolidado al tratarse de una categoría en la que no es preciso llevar a cabo una actividad de ejecución sistemática del planeamiento, finalidad a la que sirve la delimitación de unidades de actuación (artículo 69.1).

“A esta misma conclusión conduce la lectura conjunta de los artículos 45 y 69.2 de la Ley autonómica. Conforme al primero de estos preceptos, merecen indubitadamente la consideración de suelo urbano consolidado los terrenos que ya han adquirido la condición de solares ‘por haber sido urbanizados en ejecución del planeamiento territorial y urbanístico y de conformidad con sus determinaciones’, así como aquellos que cuenten con los servicios precisos para alcanzar la condición de solar y en los que no se dé alguna de las circunstancias previstas en el artículo 45.2.A). Pues bien, a la vista de lo expuesto hemos de reiterar que el deber de cesión del artículo 69.2.a).2, donde, siguiendo esa lógica deductiva a la que, según se ha hecho referencia con anterioridad, responde la Ley autonómica, se define el contenido urbanístico legal del derecho de propiedad del suelo, resulta aplicable a los terrenos situados en suelo urbano consolidado.” (FJ 6)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal consideró que los preceptos cuestionados entraban en contradicción con el artículo 14.1 de la LRSV, “que dispone, como condición básica *ex* artículo 149.1.1 de la CE que todos los propietarios del suelo urbano consolidado puedan patrimonializar el cien por cien del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada parcela o solar”, y, en consecuencia, estimó parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad, declarando la nulidad de los artículos 51.1.2.d), 51.1.2.e), 69.2.a).1, 69.2.a).2, 69.2.a).3; 69.2.b) y 71.3, en cuanto se conecte con los apartados a).2 y 3 del artículo 69.2.

En cuanto al alcance de la resolución, y de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, el Tribunal estableció que la misma únicamente sería eficaz *pro futuro*, “esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme” (FJ 8).

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los deberes de los propietarios en suelo urbano consolidado, ver las siguientes sentencias: STC 54/2002, de 27 de febrero (Aranzadi 2002/54) (FJ 9), y STC de 11 de julio de 2001 (Aranzadi 2001/164).

SUPUESTO DE HECHO

Tribunal Constitucional. Condena por delito contra la seguridad del tráfico basada en el resultado del grado de impregnación alcohólica en el conductor, sin demostrarse su influencia en los reflejos para la conducción ni los posibles síntomas asociados a ello. Presunción de inocencia. Valor probatorio de la prueba de impregnación alcohólica

Un conductor fue detenido para someterse a un control preventivo de alcoholemia, dando éste un resultado de 1,16 y 1,17 miligramos de alcohol por litro expirado, respectivamente, en las dos pruebas realizadas (equivalente a 2,32 y 2,34 mg por litro en sangre). Ello dio lugar a la incoación de un juicio oral, dictándose sentencia absolutoria. La resolución se fundamentaba en que ningún elemento llevaba a considerar probado que el acusado tuviera mermadas sus facultades psicofísicas como consecuencia del alcohol ingerido, destacándose el hecho de que no se había producido ninguna infracción de la seguridad vial y los resultados del etilómetro no eran suficientes por sí mismos para afirmar la influencia alcohólica en toda persona.

El Ministerio Fiscal recurrió la sentencia en apelación. La Audiencia Provincial revocó la resolución impugnada, condenando al acusado a la pena de cuatro meses de multa con una cuota diaria de seis euros y privación del permiso de conducir por un año y seis meses como autor de un delito contra la seguridad del tráfico. La resolución se fundamentaba en el hecho de que, a juicio del órgano judicial, el delito previsto en el artículo 379 del CP es de peligro abstracto, y no requiere el resultado de un peligro concreto: basta la conducción con las facultades mermadas por el alcohol en cuanto no requiere la existencia de un resultado de peligro concreto ni tampoco de lesión.

Contra dicha resolución fue interpuesto un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE), al no existir prueba directa ni indirecta de uno de los elementos que integran el tipo del delito contra la seguridad del tráfico del artículo 379 del CP, cual es la incidencia de la ingestión de bebidas alcohólicas en las facultades psicofísicas del conductor del vehículo a motor con una intensidad tal que su conducción ponga en peligro o riesgo la seguridad del tráfico rodado.

El Tribunal Constitucional estimó la demanda de amparo, declarando vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

El magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez formuló un voto particular, por disenter del parecer mayoritario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con los delitos contra la seguridad del tráfico, el Tribunal declaró lo siguiente:

“el derecho a la presunción de inocencia experimentaría una vulneración si por la acreditación únicamente de uno de los elementos del citado delito —el de que el conductor haya ingerido bebidas alcohólicas— se presumieran realizados los restantes elementos del mismo, pues el delito no se reduce, entre otras posibilidades típicas, al mero dato de que el conductor haya ingerido alcohol, dado que este supuesto delictivo no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que consecuentemente requiere una valoración del juez, en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de la conducción estaba afectada por la ingestión del alcohol.

“De modo que, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aun cuando resulte acreditada esa

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 6598/2004

RESOLUCIÓN: 319/2006

FECHA: 15 de noviembre de 2006

PONENTE: D. Eugeni Gay Montalvo

VOTO PARTICULAR: D. Guillermo Jiménez Sánchez

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.2 de la CE, y artículo 379 del Código Penal

DOCTRINA: Condena por delito contra la seguridad del tráfico basada en el resultado del grado de impregnación alcohólica en el conductor, sin demostrarse su influencia en los reflejos para la conducción ni los posibles síntomas asociados a ello. Presunción de inocencia. Valor probatorio de la prueba de impregnación alcohólica (FJ 2 y 3)

circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor; comprobación que naturalmente deberá realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías.”

Por tanto, según el Tribunal:

“la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esa condena, ni es una prueba imprescindible para su existencia.” (FJ 2)

Finalmente, el Tribunal recordó, según ha declarado el Tribunal Supremo, aludiendo a la tendencia legislativa de otros países, que:

“con referencia al individuo medio se considera a efectos médico-legales que a partir de 1,5 [por mil] la influencia del alcohol en la conducción es probable y cierta a partir del 2,0'. Sin embargo en el procedimiento de apelación no se intentó ni se practicó prueba alguna en relación con la circunstancia aludida de que con la tasa de alcohol que arrojó el recurrente de amparo los reflejos se encuentran objetiva y seriamente afectados para la conducción, ni sobre la aplicabilidad de esta posible consideración general a la persona del recurrente, ni tampoco sobre los posibles síntomas del recurrente asociados a ello.” (FJ 3)

La existencia del vacío probatorio llevó al Tribunal a concluir que se había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, declarando la nulidad de la resolución impugnada.

VOTO PARTICULAR

El magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez formuló un voto particular, por discrepar del parecer mayoritario, en concreto con respecto al valor probatorio de la prueba de impregnación alcohólica.

En contra de lo declarado por el Tribunal, éste consideraba que:

“la prueba de que el conductor de un vehículo automóvil se encuentra afectado por el consumo de bebidas alcohólicas, esto es, que sufre una merma considerable de sus capacidades para la conducción, con el riesgo en la circulación viaria que ello implica, puede llegar a inferirse, en determinadas condiciones, del índice de impregnación alcohólica que resulte acreditado mediante las oportunas pruebas. De modo que, cuando quede acreditado que el índice de alcoholemia que presenta el acusado es lo suficientemente elevado para que, de acuerdo con criterios científicos o de experiencia, pueda afirmarse que produce en las personas una merma apreciable de sus capacidades físicas para desarrollar una conducción segura, ninguna merma del derecho a la presunción de inocencia cabría apreciar en la resolución judicial que tuviese por acreditada tal afectación como uno de los elementos del delito contra la seguridad del tráfico.”

A continuación, el magistrado indicó que:

“La determinación de cuál es el índice de alcoholemia que permite afirmar la afectación por el alcohol de la generalidad de las personas es cuestión cuyo enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria y cuyo control constitucional no es diferente al que en general corresponde ejercer sobre la idoneidad de los medios probatorios empleados para la acreditación de los concretos hechos declarados probados.”

Finalmente, éste indicó que:

“Partiendo de la afirmación de principio anterior, considero que resulta posible que mediante una cumplida prueba se llegue a determinar que, alcanzado un determinado índice de alcoholemia, cabe afirmar que la generalidad de las personas han de ver afectada su aptitud para conducir vehículos automóviles con las condiciones de seguridad exigibles.”

Por ello, el magistrado entendía que el fallo debió haber sido desestimatorio del amparo, por cuanto:

“la prueba de la real afectación del acusado por el consumo del alcohol se construye por el órgano judicial haciéndose eco de los criterios científicos asumidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; criterios que resultan idóneos para la acreditación del elemento típico, y que, manteniéndonos en el análisis externo propio de la jurisdicción de amparo cuando se aduce vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no podemos reconsiderar en cuanto a su fuerza de convicción, por corresponder la apreciación de ella a la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con tan reiterada doctrina de este Tribunal que excusa su cita.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el valor probatorio de la prueba de impregnación alcohólica, ver las siguientes sentencias: STC 2/2003, de 16 de enero (Aranzadi 2003/2); STC 68/2004, de 19 de abril (Aranzadi 2004/68), y STC 137/2005, de 23 de mayo (Aranzadi 2005/137), entre otras.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ruido y emisiones nocivas generadas por una planta de almacenamiento y tratamiento de residuos especiales. Derecho al respeto a la vida privada familiar. Derecho a un medio ambiente adecuado

SUPUESTO DE HECHO

Un particular formuló una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por considerar que la república de Italia había vulnerado su derecho al respeto de su domicilio y su vida privada y familiar, como consecuencia del ruido y las molestias causadas por una planta de almacenamiento y tratamiento de residuos especiales, situada a treinta metros de su vivienda. La demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo lugar tras la interposición de sendos recursos contencioso-administrativos contra las autorizaciones de la actividad de la empresa explotadora.

El Tribunal declaró que se había producido una violación del artículo 8 del CEDH, condenando al Estado demandado a abonar a la demandante 12.000 euros en concepto de daño moral y 8.598 euros en concepto de gastos y costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Acerca de la cuestión planteada, el Tribunal se refirió en primer lugar al contenido del artículo 8 del Convenio, declarando lo siguiente:

“El artículo 8 protege el derecho de la persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. El domicilio es normalmente el lugar, el espacio físico concreto en el que se desarrolla la vida privada y familiar. La persona tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solamente como el derecho a un simple espacio físico sino también el derecho al disfrute, con toda tranquilidad, de dicho espacio. Las violaciones del derecho al respeto del domicilio no alu-

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Tercera. Giacomelli contra Italia. Demanda núm. 59909/2000

FECHA: 2 de noviembre de 2006

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 8 del CEDH

DOCTRINA: Ruido y emisiones nocivas generadas por una planta de almacenamiento y tratamiento de residuos especiales. Derecho al respeto a la vida privada familiar. Derecho a un medio ambiente adecuado (FJ 76, 78, 79, 80, 84, 86, 89, 90, 92, 93, 94 y 97)

den solamente a las violaciones materiales o corporales, como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también a las violaciones inmateriales o incorpóreas, como ruidos, emisiones, olores y otras injerencias. Si los atentados son graves, pueden privar a la persona de su derecho al respeto del domicilio porque le impedirían disfrutar de éste.” (FJ 76)

Siguiendo con el contenido del artículo 8, el Tribunal señaló que éste:

“puede aplicarse en asuntos de medio ambiente, tanto si la contaminación es causada directamente por el Estado como si la responsabilidad de este último deriva de la ausencia de una

reglamentación adecuada de la actividad del sector privado.” (FJ 78).

Dicho lo anterior, y acerca del alcance del examen a realizar en el presente caso, el Tribunal señaló lo siguiente:

“El Tribunal considera que en un asunto como el presente que trata sobre decisiones del Estado que inciden en cuestiones medioambientales, el examen a efectuar incluye dos aspectos. En primer lugar, el Tribunal puede apreciar el contenido material de la decisión del Gobierno para asegurar que ésta es compatible con el artículo 8. En segundo lugar, puede estudiar el proceso de decisión al objeto de verificar si se han tenido debidamente en cuenta los intereses del individuo.” (FJ 79)

En este sentido, en lo que se refiere al aspecto material, el Tribunal advirtió que, como había declarado en varias ocasiones en cuestiones vinculadas con el medio ambiente “el Estado debe gozar de un amplio margen de apreciación”, señalando que:

“Corresponde a las autoridades internas evaluar en primer lugar la ‘necesidad’ de una injerencia. En efecto, estas últimas están en principio mejor situadas que un tribunal internacional para valorar las exigencias vinculadas al tratamiento de residuos industriales en un contexto local específico y para decidir las políticas medioambientales y las medidas individuales más adecuadas dentro del respeto de las necesidades de la colectividad local.” (FJ 80)

Para determinar la amplitud del margen de apreciación del Estado, el Tribunal examinó:

“si se tuvieron debidamente en cuenta los intereses de la demandante y si la interesada pudo contar con unas garantías procesales suficientes.” (FJ 84)

A este respecto, el Tribunal constató que:

“ni la decisión de autorizar a Ecoservizi la explotación de la planta ni la de conceder a la empresa el derecho a tratar residuos industriales por detoxicación estuvieron precedidas de un estudio o una investigación adecuadas, conforme a las disposiciones legales aplicables en la materia.” (FJ 86)

En relación con el estudio de impacto ambiental (VIA) exigido por la legislación ambiental nacional, al que debían someterse las plantas de tratamiento de residuos nocivos y tóxicos que implicaran el empleo de productos químicos, el Tribunal destacó que la empresa explotadora “no fue invitada a proceder a dicho estudio hasta 1996, es decir, siete años después del inicio de la actividad de detoxicación de residuos industriales” (FJ 88) y que “durante el procedimiento de V.I.A., que hasta [...] 2004 no finalizó con un dictamen positivo [...], el Ministerio del Medio Ambiente afirmó en dos ocasiones [...], que la actividad de la planta era incompatible con las normas medioambientales debido a su emplazamiento geográfico inadecuado, y que existía un riesgo concreto para la salud de las personas residentes en las proximidades” (FJ 89).

A continuación, el Tribunal se refirió al acceso por la parte interesada a las autoridades judiciales y exponer sus alegaciones, destacando que:

“entre 1994 y 2004 la demandante presentó ante el Tribunal regional administrativo cinco recursos para obtener la anulación de las resoluciones de la región que autorizaban la actividad de la empresa, que dieron lugar a tres procedimientos judiciales, el último de ellos aún pendiente.” (FJ 90)

Asimismo, el Tribunal destacó que:

“Según la legislación vigente, la actividad de la planta debía suspenderse para permitir a la empresa conformarse a las normas de protección del medio ambiente y obtener así una declaración favorable del Ministerio de Medio Ambiente.” (FJ 92)

Por ello, el Tribunal entendió que:

“la Administración del Estado omitió conformarse a la legislación interna en materia de medio ambiente y que, posteriormen-

te, en el marco del segundo procedimiento contencioso, no ejecutó las resoluciones judiciales que reconocían la ilegalidad de la actividad enjuiciada, aniquilando así las garantías procesales de que disponía la demandante y vulnerando el principio de la preeminencia del derecho.” (FJ 93)

Por su parte, el Tribunal declaró que:

“el mecanismo procesal previsto por el derecho interno para garantizar la protección de los derechos individuales, concretamente la obligación de efectuar un estudio previo de impacto ambiental en todo proyecto potencialmente perjudicial para el medio ambiente y la posibilidad para todo ciudadano afectado de participar en el proceso de autorización y recurrir a los tribunales para presentar alegaciones y obtener, en su caso, la suspensión de la actividad peligrosa, careció, en el presente caso, de efecto útil durante un largo período.” (FJ 94)

En consecuencia, el Tribunal entendió que:

“pese al margen de apreciación reconocido al Estado demandado, éste no ha sabido mantener el equilibrio justo entre el interés de la colectividad en disponer de una planta de tratamiento de residuos industriales tóxicos y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y su vida privada y familiar.” (FJ 97)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal declaró que se había producido una violación del artículo 8 del CEDH, en los términos expuestos en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la aplicabilidad del artículo 8 del CEDH, en relación con el derecho a un medio ambiente adecuado, ver las siguientes sentencias: STEDH 36022/1997, Hatton y otros contra Reino Unido, (TEDH 2003/40); STEDH de 21 de febrero de 1990, Powell y Rayner contra Reino Unido (TEDH 1990/4); STEDH de 9 de diciembre de 1994, López Ostra contra España (TEDH 1994/3); sentencia de 19 de febrero de 1998, Guerra y otros contra Italia (TEDH 1998/2), y STEDH 48995/1999, de 20 de abril de 2004 (TEDH 2004/122802).

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Establecimiento de la residencia habitual como requisito para la adquisición de un predio rústico. Libre circulación de capitales

SUPUESTO DE HECHO

Un ciudadano alemán adquirió un predio rústico en Dinamarca, incumpliendo la obligación establecida por el Derecho danés de establecer su residencia habitual en dicho predio. Por ello, la administración competente le requirió para regularizar su situación, conminándole a traspasar su propiedad en un plazo de seis meses, si no había legitimado entretanto su título de propiedad obteniendo una exención de la obligación de cultivo o cumpliendo la obligación de residencia. Transcurrido el plazo indicado le fue concedido un nuevo plazo de seis meses para que redujera su propiedad a menos de 2 hectáreas y solicitara al mismo tiempo una exención de la obligación de cultivo, o bien establecer allí su residencia. Ante la pasividad del propietario, éste fue condenado a pagar una multa de 5.000 DKK, por no haber acatado la intimación de la administración competente. También fue condenado a pagar una multa coercitiva de 5.000 DKK por cada mes de retraso si no cumplía la intimación en el plazo establecido.

El propietario, que ya había establecido su residencia en el predio al dictarse la sentencia, interpuso un recurso de apelación contra dicha resolución. El órgano jurisdiccional competente decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) ¿Se oponen los artículos 43 del TCE y 56 del TCE a que un Estado miembro imponga para la adquisición de un predio rústico el requisito de que el adquirente fije su residencia estable en dicho predio?"

"2) ¿Es relevante a efectos de la respuesta a la primera cuestión el hecho de que el predio rústico adquirido no pueda constituir una explotación autosuficiente y la edificación habitable de la finca esté situada en una zona urbana?"

El Tribunal declaró que el artículo 56 del TCE se oponía a que una legislación nacional como la controvertida en el litigio principal supeditara la adquisición de un predio rústico al requisito de que el comprador estableciera en ella su residencia habitual, interpretación que no podía ser diferente en aquellos supuestos en los que el predio rústico adquirido no constituyera una explotación agraria viable y la edificación habitable de la finca estuviera situada en zona urbana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la primera cuestión, el Tribunal se refirió al alcance del artículo 56 del CE, apartado 1, señalando que:

"las medidas prohibidas por el artículo 56 del CE, apartado 1, por constituir restricciones a los movimientos de capitales, incluyen las que pueden disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de dicho Estado miembro de hacerlo en otros estados." (FJ 24)

Dicho esto, y con respecto a la medida prevista por la legislación nacional controvertida, el Tribunal advirtió que, si bien ésta no discriminaba nacionales y daneses, "el requisito de residencia que establece y del que sólo puede eximir la autorización del ministro responsable de la agricultura restringe la libertad de los movimientos de capitales" (FJ 25). Sin embargo, el Tribunal admitió que una medida como la contemplada podía admitirse "si persigue un objetivo de interés general, si se aplica de manera no discriminatoria y si respeta el principio de proporcionalidad, es decir, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo".

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Primera. Cuestión prejudicial.

Asunto C-370/05

FECHA: 25 de enero de 2007

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 43 y 56 del TCE

DOCTRINA: Establecimiento de la residencia habitual como requisito para la adquisición de un predio rústico. Libre circulación de capitales (FJ 24, 25, 26, 28, 30, 32, 33, 35, 37, 41, 48 y 51)

Dicho esto, apelando a la libertad de los movimientos de capitales, el Tribunal declaró lo siguiente:

"aun cuando la normativa danesa sobre la agricultura no establece discriminación entre los nacionales daneses y los nacionales de otros estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, no es menos cierto que el requisito de residencia que establece y del que sólo puede eximir la autorización del ministro responsable de la agricultura restringe la libertad de los movimientos de capitales." (FJ 25)

A continuación, el Tribunal indicó cuándo una medida como la prevista por la legislación danesa podía admitirse:

"si persigue un objetivo de interés general, si se aplica de manera no discriminatoria y si respeta el principio de proporcionalidad, es decir, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo." (FJ 26)

En este sentido, en cuanto al requisito de la satisfacción del interés general, el Tribunal consideró que los objetivos perseguidos por el gobierno danés ("mantener la gestión de las tierras agrarias en régimen de explotación directa, que constituye una de las formas de explotación tradicionales en Dinamarca [...]); en segundo lugar, mantener una población permanente en el medio rural a fines de ordenación del territorio y, en tercer lugar, favorecer una utilización razonable de los terrenos disponibles luchando contra la presión inmobiliaria"), "tienen en sí mismos carácter de interés general y pueden justificar restricciones a la libertad de los movimientos de capitales" (FJ 28).

En cuanto a la condición de proporcionalidad, el Tribunal consideró preciso verificar si la obligación por parte del comprador de establecer su residencia habitual en el predio rústico adquirido constituía una medida adecuada y necesaria para la realización de los objetivos perseguidos, declarando lo siguiente:

"En cuanto al carácter adecuado de la medida nacional controvertida en el litigio principal, ha de observarse que sólo comporta una obligación de residencia, y que no se acompaña de la obligación, a cargo del adquirente de un terreno agrícola inferior a 30 hectáreas, de explotar personalmente la propiedad. Una medida de este tipo no parece, pues, garantizar en sí misma la realización del objetivo pretendido, esto es, la preservación de la forma tradicional de explotación directa." (FJ 30)

Sin embargo, el Tribunal matizó que:

"el objetivo de contribuir al mantenimiento de la población en el medio rural no se cumple cuando la operación de compra se

lleva a cabo por un propietario agrícola que ya reside en otra explotación. En esta situación, la obligación de residencia no garantiza que se cumpla el mencionado objetivo, y no parece, además, que dicha obligación sea en realidad apta, en sí misma, para cumplir un objetivo de este tipo." (FJ 32)

Finalmente, acerca del tercer objetivo perseguido por la legislación danesa, el Tribunal advirtió que:

"con la obligación de residencia se pretende reducir el número de compradores potenciales de explotaciones agrícolas y, en consecuencia, es apta para reducir la presión inmobiliaria sobre ellas." (FJ 33)

En este sentido, el Tribunal analizó si la obligación de residencia constituía una medida que iba más allá de lo necesario para cumplir dicho objetivo, declarando lo siguiente:

"la mencionada obligación no sólo restringe la libre circulación de capitales sino también el derecho del comprador de elegir libremente su residencia, lo que, sin embargo, le garantiza el artículo 2, apartado 1, del Protocolo núm. 4 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, CEDH)." (FJ 35).

Por tanto, según el Tribunal:

"La obligación de residencia menoscaba así un derecho fundamental garantizado por el CEDH y, por ello, se revela especialmente restrictiva. En consecuencia, se plantea la cuestión de saber si pueden adoptarse otras medidas menos restrictivas que esta obligación." (FJ 37)

Por ello, el Tribunal declaró que:

"Suponiendo incluso que se reconozca que la mencionada obligación es necesaria para cumplir el objetivo perseguido, por considerar que produce, por sí misma, efectos positivos en el mercado inmobiliario [...], debe destacarse que, al acompañar esta obligación de una condición que persigue que la residencia se mantenga durante al menos ocho años, esta condición adicional va, obviamente, más allá de lo que puede considerarse necesario, sobre todo porque implica una suspensión duradera del ejercicio del derecho fundamental a elegir el lugar de residencia." (FJ 41)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Convenio celebrado entre dos entidades adjudicadoras en cuya virtud una de ellas encarga a la otra la realización de un proyecto de ordenación, entregando la segunda a la primera obras destinadas a satisfacer sus necesidades, cuando, al expirar el convenio, la primera entidad adjudicadora pase automáticamente a ser propietaria de los terrenos y las obras que no hayan sido enajenados a terceros. Valor de los contratos

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento del municipio de Roanne autorizó a su alcalde a celebrar con la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL) un convenio de colaboración para la creación de un centro de ocio. Dicho convenio preveía la creación de un centro de ocio en tramos sucesivos. El convenio atribuía a la SEDL la función de proceder a adquisiciones inmobiliarias, convocar un concurso de arquitectura o ingeniería, encargar la realización de estudios, efectuar obras de construcción, elaborar y mantener actualizados determinados documentos contables y de gestión, recabar fondos y prever medios eficaces para posibilitar la comercialización de las obras, así como garantizar de modo general la gestión y la coordinación del proyecto y la información del municipio. Por otra parte, del convenio se desprendería que la adjudicación por la SEDL de las actividades de obra a terceros quedaba sometida a los principios de publicidad y competencia previstos en el Código de Contratación Pública.

"la obligación de residencia a la que la normativa nacional contenciosa en el litigio principal supedita la adquisición de explotaciones agrícolas de menos de 30 hectáreas, sobre todo en el caso concreto, en el que se acompaña de una condición de duración de ocho años, no puede considerarse una medida proporcionada al objetivo perseguido y constituye, por tanto, una restricción a la libre circulación de capitales incompatible con el artículo 56 del CE." (FJ 44)

Por tanto, el Tribunal respondió a la primera pregunta que:

"el artículo 56 del CE se opone a que una legislación nacional como la controvertida en el litigio principal supedita la adquisición de un predio rústico al requisito de que el adquirente establezca en él su residencia habitual." (FJ 48)

En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal declaró que de la respuesta a la primera:

"se desprende que el artículo 56 del CE se opone a la obligación de residencia controvertida, independientemente de las circunstancias particulares derivadas de las características propias de cada predio rústico. Estas circunstancias, como las mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente en su segunda cuestión, carecen por tanto de importancia para la interpretación del mencionado artículo." (FJ 50)

Por tanto, el Tribunal entendió que dicha interpretación:

"no puede ser diferente en aquellos supuestos en los que el predio rústico adquirido no constituya una explotación agraria viable y la edificación habitable de la finca esté situada en zona urbana." (FJ 51)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales, ver las siguientes sentencias: STJCE de 14 de septiembre de 2006 (TJCE 2006/254); STJCE de 5 de marzo de 2002 (TJCE 2002/79), STJCE de 11 de enero de 2001 (TJCE 2001/6), entre otras.

Sobre las restricciones a la libre circulación de capitales, ver las siguientes sentencias, entre otras: STJCE de 23 de febrero de 2006 (TJCE 2006/58); STJCE de 23 de septiembre de 2003 (TJCE 2003/281), y STJCE de 13 de mayo de 2003 (TJCE 2003/136), entre otras.

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Primera. Cuestión prejudicial. Asunto C-220/05

FECHA: 18 de enero de 2007

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1.a) y 6 de la Directiva 1993/37/CEE, de 14 junio, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras

DOCTRINA: Convenio celebrado entre dos entidades adjudicadoras en cuya virtud una de ellas encarga a la otra la realización de un proyecto de ordenación, entregando la segunda a la primera obras destinadas a satisfacer sus necesidades, cuando, al expirar el convenio, la primera entidad adjudicadora pase automáticamente a ser propietaria de los terrenos y las obras que no hayan sido enajenados a terceros. Valor de los contratos (FJ 29, 36, 37, 38, 43, 44, 45, 50, 54, 56, 60, 62, 64 y 68)

Asimismo, el convenio preveía que a su expiración, la SEDL debía adoptar un balance final que debería ser aprobado por el municipio de Roanne. El excedente que figurara en dicho balance debía abonarse al municipio. Asimismo, la totalidad de las obras destinadas a la cesión a terceros que no hubiesen sido revendidos pasaría automáticamente a ser propiedad del municipio de Roanne, quien se encargaría de la ejecución de los contratos vigentes, con exclusión de los laborales, y asumiría las deudas contraídas por la SEDL.

Contra dicho acuerdo fue interpuesto un recurso, solicitándose la anulación del mismo, negándose su validez tanto por lo que respecta al Derecho nacional como al comunitario. En cuanto al Derecho comunitario, se alegaba que la celebración del convenio debería haber sido precedida de publicidad y de una licitación.

El órgano judicial competente decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

“1) ¿Constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1 de la Directiva [?] un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización, con un fin de interés general, de un proyecto de ordenación, en el marco del cual la segunda entidad adjudicadora entrega a la primera obras destinadas a satisfacer sus necesidades, cuando, al expirar dicho convenio, la primera entidad adjudicadora pase automáticamente a ser propietaria de los terrenos y las obras que no hayan sido enajenados a terceros?

“2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, a los efectos de apreciar el umbral ya mencionado de 5 millones [DEG] fijado por el artículo 6 de la misma Directiva, ¿procede tener en cuenta únicamente el precio pagado por la transmisión de las obras a la entidad adjudicadora, o bien la suma de dicho precio y de las participaciones satisfechas, aun si las mismas sólo se afectan parcialmente a la realización de las referidas obras, o bien, por último, la totalidad del importe de las obras, cuando los bienes no enajenados a la expiración del contrato pasen automáticamente a ser propiedad de la primera entidad adjudicadora, que continúa en tal supuesto la ejecución de los contratos vigentes y asume las deudas contraídas por la segunda entidad adjudicadora?

“3) En caso de respuesta afirmativa a las dos primeras cuestiones, ¿está exenta la primera entidad adjudicadora, al celebrar dicho convenio, de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos previstos por la misma Directiva, en razón de que el citado convenio sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas y de que esos mismos procedimientos serán aplicados por la segunda entidad adjudicadora para la celebración de sus contratos de obras?”

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Primera cuestión

En relación con la primera cuestión, el Tribunal analizó si el convenio constituía un contrato público de obras en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva. En este sentido, el Tribunal se refirió a la naturaleza de los contratos públicos de obras según la Directiva, señalando que:

“son contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y una entidad adjudicadora definida en el artículo 1, letra b), de la Directiva, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de actividades de obra o de la obra resultante, tal como ésta se define en la Directiva, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora.” (FJ 29)

Acerca del convenio objeto de estudio, el Tribunal admitió que “Es cierto que, además de la ejecución de actividades de obra, el

convenio confía a la SEDL tareas adicionales que, como se señala en algunas de las observaciones presentadas, son constitutivas de prestaciones de servicios”, si bien aclaró que “de la simple inclusión en el convenio de elementos que van más allá de la mera ejecución de actividades de obra no se deriva que tal convenio quede excluido del ámbito de aplicación de la Directiva” (FJ 36).

En este sentido, el Tribunal aclaró que:

“Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato público, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria de contratación pública debe en principio aplicarse.” (FJ 37)

Aplicando lo anterior, el Tribunal entendió que:

“las obligaciones de la SEDL no se limitan, a tenor del convenio, a la administración y a la organización de actividades de obra, sino que se extienden también a la realización de las previstas. Además, según jurisprudencia reiterada, el artículo 1, letra a), de la Directiva no exige que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda recibir la calificación de contratista de un contrato público de obras [...]. Por lo tanto, para determinar si el objeto principal del convenio es la ejecución de una obra, carece de relevancia el que la SEDL no ejecute directamente las actividades de obra, sino que las encargue a subcontratistas.” (FJ 38)

Por su parte, en lo referente a los demás elementos comprendidos en la definición de “contratos públicos de obras” prevista en el artículo 1, letra a), de la Directiva, el Tribunal destacó que:

“no se discute que el municipio de Roanne, en tanto que ente territorial, tiene la condición de ‘poder adjudicador’ en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva ni que existe un contrato por escrito.” (FJ 43)

En segundo lugar, el Tribunal entendió que:

“consta que la SEDL, como agente económico operativo en el mercado que se compromete a realizar las actividades de obra previstas en el convenio, debe calificarse de contratista a efectos de la Directiva. [...] carece de relevancia a este respecto el que la SEDL recurra a subcontratistas para el proyecto y ejecución de las obras.” (FJ 44)

Finalmente, el Tribunal destacó que:

“el convenio tiene naturaleza onerosa. El carácter oneroso de un contrato se refiere a la contraprestación que se ofrece al contratista por la realización de las actividades de obra previstas por la entidad adjudicadora [...]. Conforme a lo dispuesto en el convenio, la SEDL recibe una cantidad del municipio de Roanne en contrapartida de la cesión del aparcamiento. El municipio se compromete también a participar en los gastos de todas las obras que deban realizarse. Por último, en virtud del convenio, la SEDL puede obtener ingresos de terceros en contrapartida de la cesión de las obras realizadas.” (FJ 45)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal respondió a la primera cuestión en el sentido de que:

“un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1, letra a), de la Directiva, con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser la propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.” (FJ 47)

Segunda cuestión

Con respecto a la segunda cuestión, el Tribunal analizó los criterios que debían seguirse para determinar el valor del contrato de que se trataba, a efectos de determinar si se había alcanzado el umbral previsto en el artículo 6 de la Directiva.

En relación con el contenido del artículo 6 de la Directiva, el Tribunal recordó que éste:

“prevé que las disposiciones de ésta se apliquen a los contratos públicos de obras cuyo valor alcance el umbral previsto en dicho artículo. Sin embargo, no prevé ninguna regla que limite los importes que deben tenerse en cuenta para la determinación del valor de un contrato a los precedentes de la entidad adjudicadora.” (FJ 50)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

“si el valor de un contrato está constituido por ingresos que proceden a un tiempo de la entidad adjudicadora y de terceros, el interés de un licitador potencial en el contrato abarca su valor global.” (FJ 54)

Por su parte, el Tribunal recordó que:

“en virtud del artículo 3 de la Directiva, las concesiones de obras públicas están sometidas a las reglas de publicidad previstas en la Directiva en el caso de que se alcance el umbral que se fija en dicha disposición. Dado que una de las características esenciales de estas concesiones es que la contrapartida de las obras procede en todo o en parte de terceros, contravendría el objetivo y sistema subyacentes a la Directiva el que, en el marco de los contratos públicos de obras, se excluyeran los importes procedentes de terceros del cálculo del valor del contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva.” (FJ 56)

En virtud de lo anterior, el Tribunal respondió a la segunda cuestión en los siguientes términos:

“para determinar el valor de un contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva, debe tomarse en consideración el valor global del contrato de obras desde el punto de vista del potencial licitador, que comprende no sólo la totalidad de los importes que deba abonar la entidad adjudicadora, sino también todos los ingresos que procedan de terceros.” (FJ 57)

Tercera cuestión

Finalmente, el Tribunal analizó si para celebrar un convenio como el controvertido la entidad adjudicadora estaba exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que, conforme al Derecho nacional, el citado convenio sólo podía celebrarse con determinadas personas jurídicas, que tenían también la condición de entidad adjudicadora y que estaban obligadas, por su parte, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes.

Al respecto, el Tribunal advirtió que “las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva son las que se mencionan expresamente en ella” (FJ 59), destacando a continuación que “la Directiva no contiene ninguna disposición comparable al

artículo 6 de la Directiva 92/50, que excluye de su ámbito de aplicación los contratos públicos adjudicados, en determinadas condiciones, a entidades adjudicadoras” (FJ 60).

Por ello, el Tribunal entendió que:

“la entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que pretende celebrar el contrato en cuestión con una segunda entidad adjudicadora [...]. Esta apreciación no afecta a la obligación que, por su parte, incumbe a esta última entidad adjudicadora de aplicar los procedimientos de licitación previstos en la Directiva.” (FJ 62)

Finalmente, el Tribunal aclaró que:

“El hecho de que la SEDL sea una sociedad mercantil de capital mixto en la que se da participación privada excluye que pueda considerarse que el municipio de Roanne ejerce sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos distintos de los perseguidos por una autoridad pública.” (FJ 64)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal respondió a la tercera cuestión en los siguientes términos:

“la entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que, conforme al Derecho nacional, el citado convenio sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas, que tienen también la condición de entidad adjudicadora y que están obligadas, por su parte, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes.” (FJ 68)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el objeto de los contratos de obras, ver la siguiente sentencia: STJCE de 19 de abril de 1994 (TJCE 1994/56), Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Rec. p. I-1329, apartado 29.

Admitiendo la posibilidad de que una entidad adjudicadora preste servicios a través de un tercero, ver las siguientes sentencias: STJCE de 14 de abril de 1994 (TJCE 1994/53) Ballast Nedam Groep, C-389/92, Rec. p. I-1289, apartado 13, y STJCE de 2 de diciembre de 1999 (TJCE 1999/282), Holst Italia, C-176/98, Rec. p. I-8607, apartado 26).

Sobre las excepciones a la Directiva 1993/37/CEE, ver las siguientes sentencias: STJCE de 18 de noviembre de 1999 (TJCE 1999/270), Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 43, y STJCE de 11 de mayo de 2006 (TJCE 2006/139) Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 45.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Paso de una autopista por una zona de protección especial

SUPUESTO DE HECHO

Las autoridades portuguesas competentes proyectaron el trazado de una autopista, entregando al Ministerio de Medio Ambiente un estudio de impacto ambiental de dicho trazado. Al cabo de poco tiempo, una zona por la que estaba previsto que pasara la autopista proyectada fue declarada zona de protección especial. A pesar de ello, el Ministerio de Medio Ambiente aprobó el estudio de impacto ambiental y autorizó la realización del proyecto.

La Comisión formuló un recurso de incumplimiento contra la República Portuguesa. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró que la República Portuguesa había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 6, apartado 4, de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Segunda. Recurso de incumplimiento. Asunto C-239/04

FECHA: 26 de octubre de 2006

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (Directiva sobre los hábitats)

DOCTRINA: Paso de una autopista por una zona de protección especial (FJ 18, 20, 34, 35, 36, 38 y 29)

21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, en su versión modificada por la Directiva 97/62/CE del Consejo, de 27 de octubre de 1997, al ejecutar un proyecto de autopista cuyo trazado atraviesa una zona de protección especial, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación del impacto ambiental y sin haber demostrado la falta de soluciones alternativas al citado trazado. Las costas fueron impuestas a la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la cuestión planteada, el Tribunal recordó que, de acuerdo con el artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitats:

“las autoridades nacionales competentes sólo autorizarán la realización de un plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a este último, tras haberse asegurado, mediante una adecuada evaluación de las repercusiones de dicho plan o proyecto sobre ese lugar, de que no causará perjuicio a la integridad de éste y, si procede, tras haberlo sometido a información pública.” (FJ 18)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

“el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la autorización del plan o proyecto en cuestión sólo puede concederse si las citadas autoridades se han cerciorado de que no producirá efectos perjudiciales para la integridad del lugar de que se trate. Así sucede cuando no existe ninguna duda razonable, desde un punto de vista científico, sobre la inexistencia de tales efectos.” (FJ 20)

A continuación, el Tribunal recordó que:

“El artículo 6, apartado 4, de la Directiva sobre los hábitats prevé que, en el caso de que, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación realizada con arreglo al apartado 3, frase primera, del mismo artículo y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, el Estado miembro tomará cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida.” (FJ 34)

Sin embargo, el Tribunal advirtió que:

“Esta disposición, que permite, con ciertos requisitos, realizar un plan o un proyecto que haya dado lugar a conclusiones negativas en el marco de la evaluación prevista en el artículo 6, apartado 3, primera frase, de la Directiva sobre los hábitats, debe, como excepción al criterio de autorización enunciado en la frase segunda del referido apartado 3, ser objeto de una interpretación estricta.” (FJ 35)

Por tanto, según el Tribunal, “la realización de un plan o proyecto con arreglo al artículo 6, apartado 4, de la Directiva sobre los hábitats está supeditada, en particular, al requisito de que se demuestre la inexistencia de soluciones alternativas.” (FJ 36)

Entrando el caso objeto de estudio, el Tribunal constató que:

“de los autos no resulta que dichas autoridades examinasen soluciones situadas fuera de la referida ZPE y al oeste de las localidades anteriormente mencionadas, cuando, según la información facilitada por la Comisión, no cabe excluir a priori que tales soluciones pudieran constituir soluciones alternativas en el sentido del artículo 6, apartado 4, de la Directiva sobre los hábitats, aunque, como sostiene la República Portuguesa, pudieran presentar ciertas dificultades.” (FJ 38)

Por ello, el Tribunal consideró que:

“al no examinar ese tipo de soluciones, las autoridades portuguesas no han demostrado la falta de soluciones alternativas en el sentido de la mencionada disposición.” (FJ 39)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal entendió que la República Portuguesa había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 6, apartado 4, de la Directiva sobre los hábitats, al ejecutar un proyecto de autopista cuyo trazado atravesaba una ZPE, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de impacto ambiental y sin haber demostrado la falta de soluciones alternativas al citado trazado. Las costas fueron impuestas a la parte demandada.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la Directiva 92/43/CEE, ver las siguientes sentencias: STJCE de 7 de septiembre de 2004 (TJCE 2004/226), Waddenervereniging y Vogelbeschermingsvereniging, C-127/02, Rec. p. I-7405, y STJCE de 29 de enero de 2004 (TJCE 2004, 24), Comisión/Austria, C-209/02, Rec. p. I-1211.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No-consideración de la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en el ejercicio de una actividad comparable en una administración pública de otro Estado miembro. Principio de no-discriminación

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión interpuso un recurso de incumplimiento contra Italia por no tener en cuenta la experiencia profesional o antigüedad adquiridas en Francia de un profesor, en el marco de un contrato de trabajo que le vinculaba a un comité de asistencia escolar italiana. La Comisión basaba el recurso en la infracción del artículo 10 del CE y de los artículos 39 del CE y 7, apartado 1, del Reglamento 1612/68.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró que la República Italiana había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 39 del CE y 7, apartado 1, del Reglamento 1612/68, al no haber tenido en cuenta la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en el ejercicio de una actividad comparable en una administración pública de otro Estado miembro por el trabajador comunitario empleado en la función pública italiana. Las costas fueron impuestas a la parte demandada.

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Segunda. Recurso de incumplimiento. Asunto C-371/04

FECHA: 26 de octubre de 2006

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad

DOCTRINA: No-consideración de la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en el ejercicio de una actividad comparable en una administración pública de otro Estado miembro. Principio de no-discriminación (FJ 16, 17, 18 y 21)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con respecto a la cuestión planteada, el Tribunal recordó su jurisprudencia, en cuya virtud:

“artículo 39 del CE, cuando un organismo público de un Estado miembro se propone, con ocasión de la contratación de personal para cubrir puestos que no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del apartado 4 del citado artículo, tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en una administración pública, dicho organismo no puede efectuar distinciones, respecto a los nacionales comunitarios, en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en el Estado miembro al que pertenece dicho organismo o en otro Estado miembro.” (FJ 16)

A continuación, el Tribunal añadió que:

“En cuanto al artículo 7 del Reglamento, procede recordar que este artículo no constituye sino la expresión particular del principio de no-discriminación, consagrado en el artículo 39 del CE, apartado 2, en el ámbito específico de las condiciones de empleo y de trabajo, y que, por consiguiente, ha de ser interpretado del mismo modo que este último artículo.” (FJ 17)

En virtud de ello, el Tribunal entendió que:

“la negativa a reconocer la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en el ejercicio de una actividad comparable en una administración pública de otro Estado miembro por nacionales comunitarios empleados posteriormente en la función pública italiana, basándose en que los referidos nacionales no han superado un concurso público antes de ejercer su actividad en el sector público de ese otro Estado, no puede ser

admitida, puesto que, como ha señalado la Abogado General en el punto 28 de sus conclusiones, no todos los estados miembros proveen todas las plazas del sector público mediante concurso público. La discriminación en este contexto sólo se puede evitar si se tienen en cuenta los períodos de actividad comparable en el sector público de otro Estado miembro cubiertos por una persona seleccionada de conformidad con los requisitos locales.” (FJ 18)

En esas circunstancias, el Tribunal consideró fundado el motivo basado en la infracción de los artículos 39 del CE y 7, apartado 1, del Reglamento, precisando que:

“tratándose de empleos no comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 39 del CE, apartado 4, el Gobierno italiano no había adoptado, al expirar el plazo señalado en el dictamen motivado, las medidas necesarias para que se reconozca la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en otros estados miembros por nacionales comunitarios empleados posteriormente en la función pública italiana.” (FJ 21)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso, en los términos indicados en el apartado anterior.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los principios de no-discriminación y libre circulación de trabajadores aplicados a la contratación de empleados públicos, ver las siguientes sentencias: STJCE de 23 de febrero de 1994 (TJCE 1994/21), Scholz, C-419/92, Rec. p. I-505; STJCE de 12 de mayo de 2005 (TJCE 2005/130), Comisión/Italia, y STJCE de 23 de febrero de 2006 (TJCE 2006/55), Comisión/España, C-205/04.

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

Tribunal Supremo. Ordenanza municipal reguladora de servicios funerarios. Exigencia de disponer de locales y oficinas en un municipio para prestar servicios funerarios en el mismo. Liberalización de los servicios funerarios

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por varias empresas funerarias, que interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza reguladora de los requisitos para la prestación de los servicios funerarios en el municipio de Madrid, anulando varios de sus preceptos. Entre ellos, el artículo 4.7.a) preveía que para ejercer la actividad a que se refería la ordenanza, los locales y oficinas debían estar ubicados en el término municipal de Madrid. El Ayuntamiento de Madrid y una empresa funeraria formularon un recurso de casación contra dicha resolución. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, con imposición de costas a los recurrentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Entre otros motivos, los recurrentes alegaban la infracción del artículo 139.3 del ROTT. Al respecto, tras destacarse que la ordenanza impugnada se había aprobado bajo la vigencia del ROTT, en su redacción anterior a la de 1998, se insistía en que para prestar servicios funerarios en un término municipal era preciso establecerse en el mismo desarrollando la actividad conforme a los términos autorizados por el Ayuntamiento. Asimismo, se insistía en que ésa era la regulación del artículo 22 del Real decreto ley 7/1996.

En relación con dicha cuestión, y remitiéndose a lo declarado en otra ocasión, el Tribunal declaró que:

“el limitar la prestación del transporte mortuario a aquellas empresas de pompas fúnebres que tengan su sede en el municipio donde se origine el servicio, está incidiendo de forma

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 4181/2004

FECHA: 30 de octubre de 2006

PONENTE: Excm. Sra. Celsa Pico Lorenzo

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Madrid

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 139.3 del Reglamento de ordenación de transportes terrestres, en la redacción dada por el Real decreto 927/1998, de 14 de mayo (ROTT), y artículo 22 del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y fomento y liberalización de la actividad económica

DOCTRINA: Ordenanza municipal reguladora de servicios funerarios. Exigencia de disponer de locales y oficinas en un municipio para prestar servicios funerarios en el mismo. Liberalización de los servicios funerarios (FJ 8 y 9)

directa en los anteriores principios, restringiéndolos en perjuicio de las restantes empresas y de todos los usuarios, al margen de la ley y sin una motivación precisa y expresa.” (FJ 8)

Dicho esto, el Tribunal puso de manifiesto la siguiente situación:

“La realidad demuestra, y además hay en los autos suficientes datos estadísticos al respecto, que un elevado número de ciudadanos que no residen habitualmente en las grandes capitales y núcleos urbanos fallecen en ellos con ocasión de su venida a los mismos por motivos de negocios, compras y, singularmente, recibir una atención sanitaria de la que carecen las pequeñas poblaciones y los pueblos rurales. Imponer a sus familiares la utilización del transporte de las empresas de pompas fúnebres que operan en dichas ciudades del fallecimiento, repercute de manera inmediata en aquellos municipios.

“En efecto, las empresas de los pueblos, económicamente dimensionadas en proporción al número de óbitos producidos en relación a los habitantes, verán restringidas sus previsiones con este impedimento, al propio tiempo que los allegados al fallecido no tendrán la posibilidad de acudir a los servicios de las funerarias afincadas en su entorno, que por su proximidad, amistad o afición, podrían ofrecerles precios más ventajosos. Se les impone coactivamente un servicio al que no pueden sustraerse, si desean enterrar a su familiar en el lugar de su residencia.” (FJ 8)

En virtud de ello, el Tribunal declaró que:

“Al margen de que no debe confundirse el servicio mortuario, que efectivamente es público, con el transporte del cadáver, al que el propio Reglamento califica como privado complementario; ello no quiere decir que esta naturaleza permita que las restricciones impuestas a su utilización puedan sustraerse al principio de reserva de ley, al que antes se hizo referencia. Precisamente, esa esencialidad, completamente ajena a la voluntariedad, y que impide hacer dejación de su uso a los allegados, que por razones de índole afectivas, religiosas o sociales desean tener en su entorno próximo a sus difuntos, requiere una mayor garantía de sus derechos y libertades, tan propicia en esos luctuosos momentos a ser lesionadas. Consciente de ello, el Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento, y liberalización de la actividad económica –que aunque no aplicable al caso, puede servir de apoyo a lo que llevamos razonado–, en su artículo 22 liberaliza no sólo el transporte, sino el servicio funerario en general, al que suprime de entre los que se señalan por el artículo 86 de la Ley de bases del régimen local, como de reserva en favor del municipio.” (FJ 8)

En consecuencia, el Tribunal rechazó el motivo indicado.

Por otra parte, se invocaba la infracción del artículo 22 del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y fomento y liberalización de la actividad económica, en relación con la indebida consideración de los principios constitucionales de legalidad, jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad, igualdad y autonomía local, contemplados en los artículos 9.3, 14, 25, 103, 137 y 140 de la CE, y potestad reglamentaria y de intervención del Ayuntamiento de Madrid, artículos 4.1.a), 84, 85, 25.2.h) y j) de la LBRL.

A este respecto, el Tribunal declaró que en relación con el alcance de las potestades de las corporaciones locales, el Tribunal se refirió al contenido del artículo 22 del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, tras la modificación llevada a efecto por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, señalando que, si bien tal marco no se encontraba vigente al tiempo de dictarse la Ordenanza cuestionada:

“ayuda a comprender que la intención del legislador es sumamente liberalizadora tal cual explícita la exposición de motivos de la reforma y el propio texto normativo bajo un epígrafe denominado ‘Habilitación en todo el territorio nacional para la prestación de servicios funerarios.’” (FJ 9)

A continuación, en relación con la sentencia de instancia, el Tribunal declaró que ésta:

“Ofrece [...] la debida argumentación, en consonancia con la jurisprudencia de este Tribunal, para entender que los preceptos que anula contravienen la norma liberalizadora, tanto en lo que se refiere al artículo 4.7) como a los apartados primero y segundo a) b) c) del artículo 5 y al artículo 15 por su vinculación con este último.” (FJ 9)

En concreto, con respecto al artículo 4.7.a) de la ordenanza, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Es notorio que, actualmente, cierto porcentaje de ciudadanos fallece fuera de su domicilio habitual en razón de haber estado hospitalizado en los centros sanitarios ubicados en las capitales de provincia o en otros grandes núcleos de población o haber sido trasladado a los mismos tras la recaída de enfermedades o la producción de accidentes. No resulta, por tanto, extraño que la familia del difunto concierte el servicio de pompas fúnebres con la empresa ubicada en el municipio de su domicilio habitual. Será, por tanto, en el citado lugar donde serán debidamente atendidos por las empresas autorizadas por el municipio en cuestión para ofrecer los distintos servicios que puedan prestar. Tal realidad, ya puesta de manifiesto en el citado voto particular, elude la necesidad de contar no solo con sede social sino también con oficina en el lugar donde se produjo el óbito. Por otro lado, tal es el marco potenciado tras la modificación del artículo 22 del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre.” (FJ 9)

Dicho esto, el Tribunal declaró que:

“Lo que ha realizado la sala de instancia es confrontar los preceptos cuestionados de la Ordenanza con los principios liberalizadores establecidos en la disposición legal de 7 de junio de 1996. Y al no respetar el marco legal establecido ha procedido a su anulación sin que ello comporte quiebra alguna de la autonomía municipal. Menos aún se vislumbra ni se razona como ha podido ser afectado por la sentencia los otros artículos constitucionales invocados –interdicción de la arbitrariedad y principio de igualdad.” (FJ 9)

En consecuencia, dicho motivo también fue desestimado.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso, con imposición de costas a los recurrentes.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la liberalización de los servicios funerarios y las competencias municipales en materia de servicios funerarios, ver las siguientes sentencias: STS de 11 de mayo de 2005 (Aranzadi 2005/4224), y STS de 9 de julio de 2003 (Aranzadi 2003/5454).

Sobre la legalidad de los monopolios de traslado de cadáveres, ver las siguientes sentencias: STS de 11 de noviembre de 2003 (Aranzadi 2004/402); STS de 19 de febrero de 2002 (Aranzadi 2002/2064), y STS de 13 de febrero de 2002 (Aranzadi 2002/3890).

Tribunal Supremo. Ordenanza municipal reguladora de servicios funerarios. Límites a los requisitos exigidos a las empresas de prestación de servicios funerarios. Liberalización de los servicios funerarios

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa funeraria contra el acuerdo del Ayuntamiento de Villaquilambre por el que se aprobaba la Ordenanza general de prestación de servicios funerarios. Contra dicha resolución, la empresa formuló recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La sociedad recurrente alegaba la infracción del artículo 22 del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de liberalización de la actividad económica. Tras sostener la evidencia de la liberalización del servicio funerario que se producía por el Real decreto ley 7/1996, se aducía que la aprobación por el Ayuntamiento de Villaquilambre de la Ordenanza impugnada pretendía encubrir un monopolio que se deseaba seguir ejerciendo. El recurrente destacaba que la Ordenanza obligaba a cualquier empresa que quisiera operar en el sector funerario a contar, entre otras cosas, con un tanatorio al menos igual al construido por el citado entre municipal. Además, se incluían otros requisitos como capital social mínimo o la experiencia en el sector, que entendía que infringía el mandato liberalizador de la norma indicada. El recurrente consideraba que si una actividad determinada se liberalizaba, debía quedar al criterio de la empresa que a ella se dedicase la forma y modo en que se deseaba organizar tal actividad, y que la reglamentación no podía ir más allá de los conceptos de higiene, dignidad, salubridad, ya que en otro caso no se estaría liberalizando el servicio.

Al respecto, el Tribunal recordó que:

“tras la entrada en vigor del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, la prestación de los servicios funerarios quedó liberalizada. Y ello sin perjuicio de que los ayuntamientos pudieran someter a autorización la prestación de dichos servicios, autorización de carácter reglado que debería precisar normativamente los requisitos objetivos necesarios para obtenerla y que sería concedida a quien la solicitase y reuniese los requisitos exigidos y acreditase disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres.” (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal recordó que:

“Como recogía el artículo 22 del Real decreto ley, la autorización debía limitarse a examinar si se cumplían los requisitos objetivos precisados normativamente en los términos de la legislación del Estado o de las comunidades autónomas.” (FJ 8)

Dicho lo anterior, el Tribunal analizó si la ordenanza impugnada había incurrido en un exceso de regulación:

“habida cuenta de la nueva situación en que tras la promulgación del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, se hallaba la prestación de los servicios funerarios.” (FJ 8)

Al respecto, según señaló el Tribunal, la concesión de la autorización se condicionaba al cumplimiento por la empresa solicitante de los requisitos impuestos por la Ordenanza impugnada en su artículo 5. Dicho artículo exigía una experiencia mínima de cinco años en la prestación de servicios funerarios o bien, en el caso de empresas de nueva creación o cuya vida fuera inferior a cinco años, se consideraba que dicha experiencia quedaría acreditada si el accionista con mayor porcentaje del capital social de la entidad, o alguno de los administradores de la misma, acreditaban contar con dicha experiencia mínima.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 1555/2004

FECHA: 27 de octubre de 2006

PONENTE: Excm. Sra. Celsa Pico Lorenzo

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Villaquilambre

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 22 del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio (RCL 1996, 1767), de medidas urgentes de carácter fiscal y de liberalización de la actividad económica

DOCTRINA: Ordenanza municipal reguladora de servicios funerarios. Límites a los requisitos exigidos a las empresas de prestación de servicios funerarios. Liberalización de los servicios funerarios (FJ 3 y 8)

En relación con dicha medida el Tribunal declaró lo siguiente:

“No hay razón alguna para limitar o supeditar la concesión de la autorización a una experiencia previa, como tampoco existe para paliar esa exigencia cuando se trate de empresa de nueva creación o con experiencia inferior a ese plazo de cinco años si la misma la poseen o bien el accionista con mayor porcentaje del capital social o alguno de los administradores. Ése no es un requisito objetivo que esté normativamente establecido como exige el Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, que instauró la liberalización de los servicios funerarios.” (FJ 8)

El Tribunal entendió que lo anterior también era aplicable a la exigencia de un capital mínimo fundacional. Acerca de la exigencia de un establecimiento permanente en el término municipal y la exigencia de contar con un edificio-tanatorio dotado de ciertas instalaciones, el Tribunal declaró lo siguiente:

“la Ordenanza impone unas exigencias a las empresas que deseen prestar servicios funerarios en el municipio de Villaquilambre, provincia de León, que exceden con mucho de los requisitos objetivos que están establecidos normativamente en las legislaciones de aplicación tanto del Estado como de la comunidad autónoma, y que, desde luego, van más allá de los medios materiales necesarios para efectuar el traslado de cadáveres. Es obvio que esas exigencias no sólo son rigurosas sino inaceptables con carácter general, puesto que es posible que existan empresas que quieran prestar servicios funerarios pero de menor complejidad de los requeridos y a las que con la Ordenanza recurrida jamás se les otorgaría la autorización de carácter reglado a la que se refiere el artículo 22 del Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio.” (FJ 8)

A continuación, el Tribunal declaró que:

“tampoco se pueden imponer con el carácter general que dispone la Ordenanza la exigencia de medios personales en la proporción en la que se hace, puesto que eso obliga a mantener una plantilla que puede resultar exagerada para los servicios que la empresa desee prestar y a los que pretenda limitar su actividad prestacional. No se olvide, y esto es esencial, que la concesión de la autorización la condiciona la Ordenanza como resulta de los artículos 3.c), 4.1 y 2 y 5.1 de la misma, a que se

cumplan los requisitos que hemos mencionado, es decir, todos los que contiene el artículo 5, lo que, sin duda, no es que pueda calificarse como hizo la sentencia de instancia de riguroso sino de inaceptable, puesto que, como venimos repitiendo, esas exigencias van mucho más allá de los servicios funerarios que pueden prestar empresas que quieran trabajar en ese ramo de la actividad económica pero sin alcanzar el rango reservado a ese ámbito que dentro de esa actividad se denomina pompa fúnebre, y que supone ya el acompañar a esos servicios básicos de una cierta ostentación o solemnidad como refleja la Ordenanza recurrida. Actitud sin duda legítima, pero que excede de esos requisitos objetivos establecidos normativamente, y que se limitan a que se acredite disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el traslado de cadáveres.” (FJ 8)

Acerca de la regulación de los precios de los servicios funerarios, en concreto, sobre la exigencia de comunicar los precios en vigor al Ayuntamiento, el Tribunal declaró que:

“No se entiende la razón por la que se establece esa obligación y en esos términos imperativos de comunicación de los precios en vigor, lo que, a su vez, obliga a hacer saber al Ayuntamiento las modificaciones que se produzcan.”

Reiterando lo declarado en otra ocasión, expuso lo siguiente:

Tribunal Supremo. Orden de reintegro de una subvención. Litigios entre administraciones públicas en las que una de ellas actúa como un particular

SUPUESTO DE HECHO

El director provincial competente del Instituto Nacional de Empleo (INEM) declaró la obligación de un ayuntamiento de reintegrar la cantidad de 13.739,58 euros, más el interés legal, percibida como subvención para un proyecto de formación que tenía por fin contratar trabajadores desempleados. El Ayuntamiento beneficiado por la subvención impugnó en vía administrativa dicha resolución y, agotada ésta, recurrió la resolución en vía contenciosa, alegándose que en los litigios entre administraciones públicas no procede el recurso en vía administrativa, ya que, a tenor del artículo 44 de la Ley jurisdiccional, antes de interponer un recurso contencioso lo que procede es formular un requerimiento previo. El juzgado de lo contencioso-administrativo competente desestimó el recurso. La Audiencia Nacional dictó sentencia desestimando el recurso de apelación. Contra dicha resolución, el Ayuntamiento interpuso un recurso de casación, siendo éste desestimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente solicitaba que se declarara que no procede en los litigios que se produzcan entre una entidad local (y por extensión cualquier administración pública) y cualquiera otra administración pública, la interposición de recurso administrativo alguno, no sólo cuando alguna administración actúe en defensa de sus competencias sino en todos los litigios; y en consecuencia, los plazos y requisitos de interposición de un recurso contencioso-administrativo serían únicamente los señalados en el artículo 44, en relación con el párrafo sexto del artículo 46 de la Ley 29/1998.

En relación con la aplicación del artículo 44 de la Ley 29/1998, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Justamente la cuestión que se plantea y que da lugar a este recurso de casación en interés de la ley es la que se refiere a la aplicación del artículo 44 de la Ley jurisdiccional. La sección entiende [...] que efectivamente el artículo 44 no se aplica cuando se trata de resolver o solventar una disparidad de criterios entre administraciones públicas y una de ellas actúa en la

“No obstante, y rebasados los límites de los que deben ser considerados como servicios básicos (mínimos, para respetar la terminología empleada en dicho precepto) en el campo de las prestaciones funerarias que con carácter obligatorio determina el artículo 25.2.j) de la Ley 7/1985, servicios que han de ser de decorosa entidad, ajustada al nivel económico y cultural de la época en que se ofrezcan, se impone evidentemente el respeto al principio de libertad de empresa que proclama el artículo 38 de la Constitución expresamente invocado por las asociaciones demandantes, con la ineludible consecuencia de admitir la libre fijación de precios de aquellos servicios funerarios de más ostentosa entidad que voluntariamente pueden desear concertarse.” (FJ 8)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó el motivo de casación y, en consecuencia, casó la sentencia de instancia, declarándola nula.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En similares términos, sobre los precios de los servicios funerarios, ver la siguiente sentencia: STS de 19 de abril de 1999 (Aranzadi 1999/4173).

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 55/2005
FECHA: 20 de octubre de 2006
PONENTE: Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar
DEMANDANTE: Ayuntamiento de Montijo
DEMANDADO: Administración General del Estado
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa
DOCTRINA: Orden de reintegro de una subvención. Litigios entre administraciones públicas en las que una de ellas actúa como un particular (FJ 3)

relación jurídico-administrativa entablada como un particular y no como un poder público. Hay que aplicar entonces la legislación reguladora de la actividad como afirma el defensor de la Administración, y procede la interposición de recurso en vía administrativa si esa legislación lo ha previsto. La plena aplicación del artículo 44 de la Ley jurisdiccional se produce solo cuando ambas Administraciones públicas estén actuando como poder. No es ocioso precisar que ésta y no otra es nuestra declaración, puesto que el Ayuntamiento o su representación letrada parecen haber entendido que solo se aplica el artículo 44 cuando la divergencia se refiere a cuál de las administraciones es la competente. Aunque sin duda entonces procede la aplicación del tan repetido artículo, no debe dársele cumplimiento solo en tales casos, sino además en todos aquellos otros en que ambas administraciones actúan como poder y por tanto han dictado o pueden dictar actos administrativos.” (FJ 3)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso.

Tribunal Supremo. Normativa reguladora de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional. Principio de reserva de ley

SUPUESTO DE HECHO

Un Colegio Territorial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local formuló un recurso contencioso-administrativo contra la disposición adicional única del Real decreto 834/2003, de 27 de junio, por el que se modifica la normativa reguladora de los sistemas de selección y provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, que contempla la integración en el grupo A de los establecidos en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional pertenecientes a la subescala de Secretaría-Intervención, cuando cumplan determinados requisitos (posesión de determinados títulos académicos, dos años de antigüedad y superación de un concurso-oposición), mientras que los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional pertenecientes a la subescala de Secretaría-Intervención que no cumplieran alguno de dichos requisitos quedarían como categoría a extinguir en el grupo B. El recurrente consideraba que el precepto impugnado infringía los artículos 14, 23.2 y 103 de la Constitución y el principio de reserva de ley.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Según se ha indicado, el recurrente alegaba la infracción de los preceptos antes citados y el principio de reserva de ley, siguiendo dos vías de análisis para ponerlo de manifiesto. Por un lado, se fijaba en las consecuencias que debía tener la aplicación del precepto impugnado. Por otro lado, se examinaban los requisitos que exigía la disposición impugnada para la integración en el grupo A.

En lo que respecta a la primera perspectiva, se destacaba que no todos los funcionarios que ejercen como secretarios-interventores pertenecen a esta subescala, por lo que quedarían fuera del cauce de integración abierto por la disposición adicional única los secretarios de tercera que no poseyeran la titulación suficiente para integrarse en la subescala de Secretaría-Intervención. El recurrente veía en ello una discriminación interna en el ámbito funcional perteneciente a dicha subescala, por cuanto había funcionarios de integración "posible" y otros de integración "no posible" que quedaban a extinguir en el grupo B. Asimismo, se sostenía que la aplicación inmediata de las normas de la disposición adicional única contrariaba frontalmente la jurisprudencia en materia de integración de funcionarios públicos como potestad de autoorganización de la Administración. En cuanto al segundo camino –el de los requisitos– señalaba que los de antigüedad y titulación exigidos eran incongruentes con el objetivo pretendido porque, además de dejar fuera a los secretarios de tercera, no guardaban paralelismo con los requeridos para ocupar, mediante un nombramiento provisional, accidental o en régimen de interinidad, la Secretaría-Intervención de acuerdo con el Real decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (artículos 33 y 34).

En relación con la cuestión planteada, el Tribunal recordó que éste ya había abordado las cuestiones suscitadas en el proceso en ocasiones anteriores, reiterando lo declarado en ese momento. Así, en relación con las argumentaciones del recurrente referentes a los requisitos exigidos por el precepto impugnado, el Tribunal declaró lo siguiente:

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 138/2003

FECHA: 13 de octubre de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

DEMANDANTE: Colegio Territorial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 23.2 y 103 de la CE, y disposición adicional única del Real decreto 834/2003, de 27 de junio, por el que se modifica la normativa reguladora de los sistemas de selección y provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional

DOCTRINA: Normativa reguladora de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional. Principio de reserva de ley (FJ 8 y 9)

"Tampoco el dato de que después del Real decreto 834/2003 correspondan a la subescala Secretaría-Intervención los mismos puestos de trabajo que con anterioridad tenía reservados hace irracional esa exigencia de superior titulación que ahora se establece. La innovación en este punto podrá ser discutible desde criterios de oportunidad, pero no es ilógica si se valora con un parámetro de estricta racionalidad; porque establecer un mismo nivel académico para semejantes funciones públicas, con independencia de la dimensión del municipio, no es una medida que no pueda explicarse ni justificarse y por ello deba ser considerada necesariamente absurda." (FJ 8)

Con respecto al incumplimiento de las exigencias relativas a la reserva de ley en cuanto a la regulación del régimen estatutario de los funcionarios públicos, reiterando lo declarado ya en otra ocasión, el Tribunal declaró que:

"la disposición transitoria séptima 2 de la LRBRL ofrece cobertura bastante para la regulación reglamentaria que en este proceso se está combatiendo." (FJ 8)

Siguiendo con el contenido de la disposición adicional, el Tribunal declaró que:

"Esa disposición contiene una habilitación que ciertamente no es ilimitada, pero tampoco tiene un concreto plazo para su ejercicio. Los límites de esa habilitación están referidos a lo que mediante ella se puede hacer y a las razones que deben concurrir. Lo que se puede hacer es extinguir cuerpos, estableciendo los criterios, requisitos y condiciones para que los funcionarios de los cuerpos extinguidos se integren en otros; y, por lo que se refiere a las razones que legitimarán el ejercicio de esa habilitación, se expresan así: cuando lo exija el proceso de general de racionalización o el debido cumplimiento de esta Ley (la propia LBRRL).

"El aquí combatido Real decreto 834/2003 se ha movido dentro de los límites de la ley habilitante: establece las nuevas titulaciones exigibles en las diferentes subescalas de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, y lo hace por razones que, siendo, como se ha dicho, identifica-

bles y explicables con parámetros de racionalidad, tienen encaje en esa exigencia que la LRBR denomina 'proceso general de racionalización'; y dispone no sólo la extinción de una categoría de funcionarios, sino las condiciones en que estos funcionarios podrán desempeñar puestos de trabajo asignados a una determinada subescala que continúa subsistiendo aunque lo sea con una nueva configuración." (FJ 8)

Dicho lo anterior, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Despejada la tacha de haber desconocido el principio de reserva de ley y sentada la objetividad y racionalidad de la opción adoptada por el Real decreto en materia de titulación, así como la adecuación del sistema al proceso de racionalización en el que se inserta, es posible descartar las demás objeciones que el Colegio Territorial de Segovia ha dirigido contra él. Así, no puede considerarse discriminatorio que la integración en el grupo A se reserve a los funcionarios de la subescala que posean titulación universitaria superior, ni parece coherente establecer como término de comparación para afirmar la existencia de desigualdad los requisitos exigidos para nombramientos accidentales o interinos ya que se trata de supuestos diferentes. Tampoco lo es que se exija, en paralelo con lo requerido para ingresar en la subescala de Secretaría-Intervención, no sólo la misma titulación, sino también la misma antigüedad para integrarse en el grupo A. Se trata de un planteamiento cuya lógica es perceptible y no queda desnaturalizada por la situación en la que quedan quienes no reúnan las condiciones contempladas por la disposición adicional única." (FJ 9)

Con respecto a la diferencia de trato contemplada por la resolución impugnada en relación con quienes no reunieran las condiciones contempladas por la disposición adicional única, el Tribunal declaró que:

"Respecto de ellos y con independencia de que queda abierta la vía para la integración posterior de quienes pertenezcan a

la subescala, alcancen una antigüedad superior a dos años en ella y logren la titulación necesaria, concurre una clara diferencia que justifica el distinto trato que reciben. Diversidad de tratamiento que, sin embargo, en la situación a extinguir en la que quedan, comporta el respeto a sus derechos económicos y, también, a desempeñar puestos de trabajo reservados a funcionarios de habilitación de carácter nacional en las mismas condiciones que los funcionarios integrados en la subescala de Secretaría-Intervención." (FJ 9)

Finalmente, el Tribunal declaró que:

"descartada la desigualdad carente de justificación objetiva y racional que prohíbe la Constitución, no se aprecia de qué forma la disposición adicional única lesiona el derecho a acceder a la función pública ni al de permanecer en ella conforme a las leyes, ni vulnera el artículo 103 de la Constitución. En cuanto a la necesidad de superar un concurso-oposición, tampoco ofrece el recurrente argumentos para que pueda verse como algo contradictorio con los preceptos constitucionales que ha invocado, no siendo desde luego incompatible con los mecanismos de promoción interna, aunque no se trate de ella en este caso, pues lo que el Real decreto 834/2003 contempla no es el aspecto subjetivo de la carrera administrativa de los funcionarios, sino el objetivo de la estructuración de la función pública local, aunque respete aquella dimensión. Visto así, el procedimiento escogido, que es el ordinario contemplado por la Ley 30/1984, no parece contraindicado con la integración de quienes pertenecían al grupo B en el grupo A." (FJ 9)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, ver la siguiente sentencia: STS de 18 de mayo de 2005 (Aranzadi 2005/6634).

Tribunal Supremo. Validez de las certificaciones de obra a los efectos de compensación de deudas tributarias

SUPUESTO DE HECHO

Una empresa constructora solicitó la compensación del impuesto sobre la renta de las personas físicas, retenciones por rendimientos del trabajo y actividades profesionales correspondientes al mes de junio de 1993 por un importe de 237.286.760 pesetas con el crédito de once certificaciones de obras provenientes de contratos concertados entre esa empresa y diversos departamentos ministeriales. El director del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria acordó parcialmente la compensación solicitada y señaló, por lo demás, que mientras que el plazo reglamentario de ingreso de las deudas tributarias concluyó el 20 de junio de 1993, el reconocimiento de ocho de los once créditos por parte del organismo gestor del gasto tuvo lugar en diversas fechas posteriores, que enumeraba, por lo que la extinción de la deuda por compensación sólo tendría lugar a partir de dichas fechas. En diciembre de 1997 la Dependencia Central de Recaudación giró a la sociedad interesada una liquidación de intereses de demora resultado de aplicar el tipo de interés vigente al importe de las deudas desde las fechas de fin de período voluntario de las mismas hasta las diversas fechas de reconocimiento de los créditos ofrecidos, ascendiendo los intereses liquidados a 3.253.506 ptas.

Contra la citada liquidación de intereses de demora, a excepción de 1.714.473 pesetas que se aceptaban, la sociedad interesada interpuso ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) una reclamación económico-administrativa, al considerar improcedente la liquidación de intereses por tratarse de una compensación de una deuda tributaria con certifica-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3840/2001

FECHA: 11 de octubre de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Juan Gonzalo Martínez Micó

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 68 de la Ley 230/1963, de 28 diciembre, General Tributaria

DOCTRINA: Validez de las certificaciones de obra a los efectos de compensación de deudas tributarias (FJ 1 y 4)

ciones de obra cuya fecha era anterior a la de vencimiento de las citadas obligaciones. La reclamación fue desestimada por el TEAC. Contra la resolución del TEAC, la empresa constructora promovió un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que estimó el recurso. El Abogado del Estado formuló un recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, que desestimó el recurso, con imposición de costas al recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal se refirió a la naturaleza de la compensación de las deudas tributarias, recordando que:

“la Ley general tributaria, como se dispone en su artículo 68, determina que la ‘compensación’ de las deudas tributarias se realicen ‘en las condiciones en que reglamentariamente se establezcan’.” (FJ 1)

A continuación, el Tribunal analizó si las “certificaciones de obra” podían calificarse como documentos en los que contengan un “crédito reconocido”, a los efectos de la compensación, y, más concretamente, a la hora de determinar la fecha del reconocimiento del crédito.

Acerca de la naturaleza de las “certificaciones de obra”, el Tribunal recordó que el Tribunal Constitucional había declarado que:

“las certificaciones son títulos que incorporan un derecho de crédito del contratista frente a la Administración con arreglo a los cuales puede ésta verificar abonos, parciales y provisionales, del importe del contrato a fin de facilitar, desde el punto de vista financiero, la mejor ejecución y conclusión de las obras. La finalidad que así presentan estos anticipos del pago, y las certificaciones que los justifican, se expresa muy claramente en el precepto cuestionado, que establece una regla de inembargabilidad de las certificaciones con una excepción, en cuya virtud aquéllas podrán ser embargadas para satisfacer salarios ‘devengados en la propia obra’ o cuotas sociales de ellos derivadas.” (FJ 1)

Siguiendo con el carácter inembargable de las certificaciones, el Tribunal declaró que:

“la inembargabilidad de las certificaciones de obra está ligada al carácter mismo de estos títulos, que dan lugar a pagos a buena cuenta, con el resultado de que las cantidades abonadas al contratista no pasan con carácter definitivo a su patrimonio, sino que constituyen de algún modo [...] fondos públicos afectos a la obra o servicio.” (FJ 1)

A continuación, entrando en el caso analizado, el Tribunal recordó que en anteriores ocasiones ha declarado que:

“no puede acogerse la tesis de que la simple expedición de un certificado de obras no constituye un título obligatorio para la Administración sin mediar su previo reconocimiento pues ello significaría dejar el cumplimiento de las obligaciones al arbitrio de uno solo de los contratantes [...], y, en consecuencia, el acto administrativo de reconocimiento de la obligación no se dicta en el ejercicio de una potestad discrecional de la Administración sino que es un ‘acto debido’ de la Administración, nacido del contrato suscrito con el contratista y que necesariamente debe dictar.” (FJ 1)

Siendo ello así, el Tribunal entendió que:

“la compensación de las deudas tributarias solicitada por la empresa recurrente con los créditos representados por las certificaciones de obra, se ha de producir teniendo en cuenta la fecha de dichas certificaciones, como postula la actora, es decir, que la compensación debe considerarse producida desde la fecha en que por la entidad actora se solicitó la compensación.” (FJ 1)

A continuación, el Tribunal recordó que, conforme ha reconocido el Tribunal Constitucional:

“las ‘certificaciones de obra’ [...], son títulos que incorporan un derecho de crédito del contratista frente a la Administración, con arreglo a los cuales puede esta verificar abonos, parciales y provisionales, del importe del contrato a fin de facilitar, desde el punto de vista financiero, la mejor ejecución y conclusión de las obras, y no solo eso, sino que ‘constituyen de algún modo [...] fondos públicos afectos a la obra o servicio’.” (FJ 4)

Según el Tribunal, lo anterior permitía llegar a la conclusión de que:

“el tan repetido reconocimiento no derivaba de ninguna potestad discrecional de aquélla, sino que constituía un acto debido, y de que, en consecuencia, debía ser su fecha –la de la certificación de obra, se entiende– la que determinara la posibilidad de la compensación y no la de finalización del procedimiento de fiscalización, aprobación y ordenación del gasto, cuando la finalización tiene lugar, respecto de los créditos representados por las certificaciones, en fecha posterior a la del plazo del ingreso en período voluntario.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal, tras recordar la existencia de doctrina legal del mismo sobre la materia acerca de la cual versaba la contradicción, consideró que no procedía unificar doctrina alguna, por cuanto la sostenida en la sentencia recurrida coincidía con la sentada por la jurisprudencia de la misma sala.

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina, por cuanto:

“Cumpliéndose los requisitos que reglamentariamente se establecen para que la compensación resultase procedente, la exigencia de los intereses de demora por denegación de compensación resultaba totalmente improcedente pues la extinción de las deudas por compensación tuvo lugar a partir de la fecha de las certificaciones de obras y no a partir de la fecha de reconocimiento de los créditos ofrecidos.” (FJ 4)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la compensación de deudas tributarias ver las siguientes sentencias: STS de 29 de marzo de 2006 (Aranzadi 2006/2074); STS de 1 de marzo de 2006 (Aranzadi 2006/5505); STS de 23 de septiembre de 2005 (Aranzadi 2005/8372), y STS de 1 de marzo de 2006 (Aranzadi 2006/1630).

Tribunal Supremo. Retasación del justiprecio de una finca expropiada. Valoración de bienes expropiados

SUPUESTO DE HECHO

Unos particulares interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de fijación de justiprecio de una finca afectada por un proyecto de retasación de un inmueble. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó el recurso. El Ayuntamiento de La Seu d'Urgell formuló un recurso de casación contra dicha resolución. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Ayuntamiento recurrente invocaba, entre otros motivos, la infracción del artículo 58 de la LEF, del artículo 74.2 de su reglamento y de la doctrina jurisprudencial sobre la retasación, por cuanto no se había producido ninguna variación entre las circunstancias urbanísticas entre la primera valoración y el momento de inicio de la retasación, que debió llevar a la aplicación, como criterio único de retasación, del índice de precios que autorizan la LEF y su Reglamento y la jurisprudencia invocada, entendiendo que en ese caso no había habido variación de circunstancias urbanísticas, ni por tanto, nuevos factores para una nueva valoración. En relación con la retasación, el Tribunal declaró lo siguiente:

“los preceptos de la legislación expropiatoria que se invocan señalan con claridad que la retasación impone una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación y que ésta habrá de llevarse a efecto con arreglo a los preceptos contenidos en el capítulo III de la Ley, es decir, las reglas de determinación del justo precio y, por otra parte, la variación de las circunstancias urbanísticas resultan claramente de las actuaciones y se reflejan en la sentencia recurrida.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal señaló que:

“la retasación se configura como una garantía para el expropiado, ante la demora en la efectividad o pago del justiprecio, con la finalidad de que el mismo sea adecuado a la realidad patrimonial que se entiende afectada por el transcurso del tiempo y que exige una nueva valoración de los bienes expropiados.” (FJ 3)

Finalmente, siguiendo con la retasación, el Tribunal reiteró lo declarado en otras ocasiones, declarando lo siguiente:

“La retasación o nueva evaluación según el término que emplea el artículo 58 de la Ley de expropiación forzosa, al suponer la apertura de un expediente distinto del que por el transcurso del tiempo caduco, debe someterse a los trámites establecidos en los artículos 26 y siguientes del precitado cuerpo legal, siguiendo los criterios valorativos señalados en el capítulo III de su título II; habiendo declarado este Tribunal que la retasación no consiste en una actualización monetaria a través de la aplicación de los índices de precios de coste de vida, dado que las fluctuaciones del precio de un determinado bien pueden ser ocasionadas en función de factores distintos al de la depreciación monetaria, por ello se impone investigar si durante el transcurso del tiempo a que la retasación se extiende se han producido modificaciones cuantitativas o cualitativas de las circunstancias que en su día determinaron la fijación del justiprecio del bien que en trámite de retasación se valora, independientemente de las que ocasione la depreciación del poder adquisitivo de la peseta.” (FJ 3)

En relación con dicho criterio, el Tribunal advirtió que:

“Este el criterio general para la determinación del justiprecio en caso de retasación y sólo de manera excepcional, por la dificultad o imposibilidad de una valoración de los bienes expropiados por otros medios, se acude a la aplicación del índice de precios al consumo, como señala la referida sentencia y se refleja

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 4719/2002

FECHA: 10 de octubre de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de La Seu d'Urgell

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 58 de Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa; artículo 74.4 del Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de expropiación forzosa, y artículos 29 y 30 y disposición transitoria quinta de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones

DOCTRINA: Retasación del justiprecio de una finca expropiada. Valoración de bienes expropiados (FJ 3 y 4)

igualmente en las sentencias citadas por la parte recurrente. Situación que no es la contemplada en este caso.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el motivo de casación.

Por otra parte, el recurrente denunciaba la infracción de los artículos 29 y 30 y disposición transitoria quinta de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, en cuanto la sentencia aplicaba un valor urbanístico que no se estimaba procedente en el caso de terrenos de equipamientos o dotaciones, reiterándose que no se tenía en cuenta que el aprovechamiento de 1,5 m²/m², establecido para equipamientos en el planeamiento municipal de 1991, era de máximo y precisaba de una concreción mediante el planeamiento derivado, es decir, Plan Especial de Equipamientos, que en el año 1997 cuando se había iniciado la retasación no se había formulado, manteniéndose que el aprovechamiento urbanístico medio del polígono fiscal al que pertenecía la finca expropiada, uso residencial privativo predominante, era de 0,63 m²/m². Por otra parte, conforme al artículo 30 de la Ley 6/1998, el recurrente consideraba que debían tenerse en cuenta los costes de urbanización precisa y no ejecutada, respecto de los cuales la sentencia recurrida omitía cualquier referencia.

En relación con la pretendida infracción del artículo 29, el Tribunal declaró lo siguiente:

“frente a la invocación del artículo 29 de la Ley 6/1998 por la parte recurrente, que entre otros requisitos exige que se trate de suelo que no tenga atribuido aprovechamiento lucrativo alguno, la sentencia de instancia, apreciando la condición de suelo urbano consolidado y la determinación en el planeamiento de un concreto aprovechamiento, en cuanto el artículo 33.1 del PGOU establece el índice de edificabilidad 1,5 m²/m² para los terrenos destinados a equipamiento, según la valoración de la prueba que ya se ha examinado con ocasión del primer motivo de casación, con el resultado allí expuesto, hace una adecuada aplicación del artículo 28 de la referida Ley 6/1998, en cuyo número 3 establece el criterio de valoración en estos casos. La atribución de ese aprovechamiento se reconoce por la parte recurrente y lo que cuestiona es que se aplique en su máximo, circunstancia que el perito justifica en aclaración solicitada por

dicha parte, porque de ordinario se agota el índice máximo permitido, sin que las alegaciones de la recurrente permitan apreciar que en relación con el terreno en cuestión ese aprovechamiento no resulte efectivo.” (FJ 4)

Por otra parte, en lo que respecta a la aplicación del artículo 30, el Tribunal declaró lo siguiente:

“En todo caso no ha de olvidarse al respecto que, como señala el artículo 14 de la citada Ley 6/1998, tratándose de suelo urbano consolidado, las obligaciones de los propietarios se limitan a completar a su costa la urbanización necesaria para que los terrenos alcancen la condición de solar, y a estos gastos ha de entenderse referida la previsión del artículo 30 en este tipo de suelo, habiéndose señalado al examinar el primer motivo de casación, la consideración del terreno en cuestión como suelo urbano consolidado, y más concretamente como solar, lo que excluye tales gastos. Cabe añadir, [...] que ‘ese alcanzar la

condición de solar sólo se produce una vez, y que, a partir de entonces, el suelo es ya para siempre suelo urbano consolidado’, por lo que no puede imponerse a sus propietarios carga alguna estrictamente urbanística, sin perjuicio de otras modalidades de contribución por las actuaciones que puedan desarrollarse y les sean repercutibles en otro concepto.” (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En este mismo número, sobre la retasación, ver la siguiente sentencia: STS de 23 de enero de 2007.

Sobre la valoración de los bienes expropiados, ver las siguientes sentencias: STS de 18 de mayo de 2005 (Aranzadi 2005/5442); STS de 18 de abril de 2000 (Aranzadi 2000/3362), y STS de 31 de diciembre de 2000.

Tribunal Supremo. Facultad de un alcalde para interponer un recurso contencioso-administrativo

SUPUESTO DE HECHO

El secretario de Estado de Industria y Energía del Ministerio de Industria y Energía de desestimó el recurso contra la resolución del director general de la Energía, por la que se autorizaba a Red Eléctrica de España, SA la ampliación de una subestación eléctrica en el municipio de Penagos mediante la construcción de un nuevo parque de 400 KW. El Ayuntamiento de Penagos y varias juntas vecinales formularon un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid inadmitió el recurso. Contra dicha resolución, el Ayuntamiento recurrente interpuso un recurso de casación, siendo éste desestimado por el Tribunal Supremo, con imposición de costas a la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó si la inadmisión del recurso fundamentado en la falta de justificación por parte del alcalde de su facultad para interponerlo era conforme a derecho. Al respecto, el Ayuntamiento recurrente invocaba la intervención para el otorgamiento del poder “por motivos de urgencia”, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21.1, apartados b) e i), de la LBRL.

En relación con la posibilidad de ejercitar acciones judiciales en caso de urgencia, el Tribunal hizo la siguiente aclaración:

“Cierto es que [...] el artículo 21.1 de la Ley 7/1985 autoriza al alcalde para ejercitar acciones judiciales en caso de urgencia, pero éste es un concepto que debe ser matizado, limitando el ámbito de tal facultad a los casos en que la brevedad del plazo para ejercitar la acción haga razonablemente imposible o gravemente dificultoso que la decisión de acudir a los tribunales pueda ser adoptada por el órgano al que la Ley reserva tal función.” (FJ 1)

Dicho esto, el Tribunal aclaró lo siguiente:

“Y, aun cuando las causas de inadmisión de los recursos deben enjuiciarse con criterios flexibles o *pro actione*, sin convertir el presupuesto procesal en un obstáculo insalvable, en el caso de autos procede declarar la inadmisión, porque el plazo previsto en la LJCA es de dos meses y, en principio, parece razonablemente suficiente para que el Pleno —que es el órgano que tendría que haber tomado la decisión— se hubiera pronunciado.” (FJ 1)

En virtud de ello, el Tribunal desestimó el recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la autorización del alcalde para ejercitar acciones judiciales en caso de urgencia, ver la siguiente sentencia: STS de 17 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3223).

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 5847/2003

FECHA: 24 de noviembre de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado

DEMANDANTE: Ayuntamiento de Penagos

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 21.1, apartados b) e i), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL)

DOCTRINA: Facultad de un alcalde para interponer un recurso contencioso-administrativo (FJ 1)

Tribunal Supremo. Reversión de unos terrenos expropiados por desafectación de los mismos. Norma aplicable**SUPUESTO DE HECHO**

En 1960 se formalizó el pago de la expropiación de una finca para la construcción de un silo. En junio de 1999, un particular solicitó a la Delegación Provincial de Agricultura de la Junta de Andalucía la remisión de documentación referente al silo, solicitándose posteriormente una copia del título por el que el Ayuntamiento había obtenido la propiedad de los terrenos. Dicha petición fue reiterada al cabo de un mes. Al cabo de unos meses, el Ayuntamiento dio respuesta a la consulta formulada. En marzo de 2000, el particular solicitó la reversión de los terrenos expropiados, por haberse producido la desafectación de los mismos y en cualquier caso la reversión de los terrenos sobrantes de la expropiación efectuada, especialmente los utilizados por el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera para construir una plaza. Ante el silencio de la Administración correspondiente se interpuso un recurso de alzada, cuya desestimación motivó la interposición de un recurso contencioso-administrativo, siendo éste desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. La desestimación del recurso motivó la interposición de 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 la infracción del artículo 33 de la Constitución, la LEF y su Reglamento y la disposición adicional quinta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, alegando que el expediente administrativo se había iniciado con la presentación del primer escrito ante la Administración.

Con respecto a la naturaleza del derecho de reversión, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Conviene señalar en cuanto a su naturaleza [...] que el derecho de reversión, o también llamado derecho de retrocesión de los bienes expropiados [...] configurado por la doctrina científica más autorizada como un efecto especial producido por el juego de la causa de la expropiación pudiendo ser caracterizado como la consecuencia de una ‘invalidez sobrevenida’ a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa que la motiva, bien por no establecerse el servicio o ejecutarse la obra que motivó la expropiación, así como, también, si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación, pudiendo en tales casos, el primitivo dueño o sus causahabientes, recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, abonando a la Administración su justo precio, según se señala en el artículo 54 de la Ley expropiatoria, siendo la desaparición del elemento esencial de la causa, la razón determinante que hace que surja el derecho de reversión y siempre, claro está, que se hubiera producido la expropiación de los bienes cuya reversión se pide.” (FJ 2)

En cuanto al nacimiento del derecho, el Tribunal declaró que:

“el nacimiento del derecho, cuando se produce el supuesto contemplado en la norma vigente, comporta la posibilidad de su ejercicio conforme a la dicha norma mientras se encuentre vigente, según se invoca por la parte y se recoge en las sentencias que cita, pero ello no impide que la modificación de la Ley incida en los supuestos en los que tal derecho no se haya ejercitado, en cuyo caso el ulterior ejercicio se ha de sujetar a las previsiones de la norma vigente cuando se hace efectivo.” (FJ 2)

Acerca de la norma aplicable a la reversión, el Tribunal recordó que:

“ha de regirse por el ordenamiento vigente al momento de ejercitarse este derecho, pues el derecho de reversión [...] aun- que hunda sus raíces en el derecho dominical del expropiado,

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 9586/2003

FECHA: 7 de noviembre de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Arcos de la Frontera

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 33 de la CE

DOCTRINA: Reversión de unos terrenos expropiados por desafectación de los mismos. Norma aplicable (FJ 2)

es un derecho nuevo y autónomo, pues no nace ni con el acuerdo de expropiación ni con la consumación de ésta, por lo que, al no ser el procedimiento a través del cual se actúa continuación del expediente expropiatorio, la reversión se ha de regir por la Ley vigente en el momento de ejercitarse.” (FJ 2)

En cuanto a los requisitos formales por los que debería regirse la reversión, el Tribunal indicó que:

“ha de tenerse en cuenta que el escrito formulando el preaviso o advertencia no ha de revestir específicas formalidades, menos con carácter *ad solemnitatem*, bastando con que a través del mismo se manifieste el propósito de instar la retrocesión del inmueble expropiado.” (FJ 2)

Centrándose en el caso objeto de estudio, el Tribunal constató lo siguiente:

“los escritos [...] dirigidos, el primero a la Delegación Provincial de Agricultura de la Junta de Andalucía y los otros dos al alcalde de Arcos de la Frontera, para apreciar que su contenido se limita a solicitar información sobre el silo construido y el título por el que el Ayuntamiento obtuvo los terrenos en que se encuentra una determinada plaza, sin que en ninguno de ellos se haga referencia a la finalidad para la que se solicita la información y menos aún el propósito de ejercitar el derecho de reversión, que en todo caso habría de formularse ante el órgano competente, que no era el caso, por lo que ni siquiera puede plantearse la posibilidad de una solicitud implícita que, al menos, ha de dirigirse a quien tiene la competencia para conocer de la solicitud y, por lo tanto, puede valorar el alcance del escrito a tales efectos.” (FJ 2)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestimó el motivo de casación, lo que, entre otros motivos, dio lugar a la desestimación del recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la naturaleza del derecho de reversión, ver la siguiente sentencia: STS de 4 de noviembre de 2005 (Aranzadi 2005/8059), y STS de 6 de marzo de 2002 (Aranzadi 2002/8362).

Sobre el ordenamiento por el que debe regirse la reversión, ver las siguientes sentencias: sentencia de 30 de septiembre de 1991 (Aranzadi 1991/6096); STS de 25 de febrero de 1992 (Aranzadi 1992/1742); STS de 28 de abril de 1995 (Aranzadi 1995/3231); STS de 20 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/8632); STS de 27 de mayo de 2004 (Aranzadi 2004/3716), y STS de 23 de septiembre de 2002 (Aranzadi 2002/8474).

Sobre las formalidades a seguir para solicitar la reversión de un inmueble, ver las siguientes sentencias: STS de 17 de febrero de 2004 (Aranzadi 2004, 3871); STS de 17 de julio de 2000

(Aranzadi 2000/6802), y STS de 20 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/2654).

Tribunal Supremo. Petición de uso de dependencias municipales para reuniones de un grupo político. Derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos

SUPUESTO DE HECHO

Un grupo municipal del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna presentó una moción proponiendo un acuerdo para que, por parte de la Alcaldía, se dieran las instrucciones necesarias para que los concejales de ese grupo pudieran disponer, al menos, durante dos días a la semana y de 8 a 15 horas, de un despacho en cada uno de los edificios de las tenencias de Alcaldía. Fundamentaban su solicitud diciendo que su grupo era el más numeroso de los formados en la corporación, alegando su derecho a contar con los medios materiales necesarios para cumplir sus funciones, recordando que el Ayuntamiento contaba con edificios en las distintas localidades del municipio y que consideraban injustificado que los vecinos de las diferentes zonas del municipio que necesitan entrevistarse con los concejales socialistas tuvieran que desplazarse hasta el edificio consistorial, ya que podían ser recibidos por dichos concejales en otras dependencias del Ayuntamiento. El Pleno municipal rechazó la moción. Contra dicho acuerdo, la portavoz del grupo interpuso un recurso contencioso-administrativo por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, invocando el derecho de los concejales del grupo recurrente a participar en los asuntos públicos y a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos. Derechos que consideraba vulnerados. La sentencia de instancia desestimó el recurso. Formulado un recurso de casación contra dicha resolución, éste fue estimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La recurrente invocaba la vulneración del artículo 23.2 de la CE, y del artículo 28.2 del ROF. Al respecto, el Tribunal consideró que:

“la sentencia no ha tenido en cuenta las exigencias que comporta el derecho fundamental invocado por la recurrente. Ciertamente, el derecho a ejercer las funciones propias del cargo público representativo de concejal es de los que se califican de configuración legal. Pero, pese a ello, sigue siendo un derecho fundamental y su contenido jurídico no se reduce a las concretas previsiones de las normas que le dotan de tal configuración. Por el contrario, comparte con los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución un especial valor que exige interpretar los preceptos que regulan su ejercicio de la forma más favorable a su efectividad, tal como ha insistido desde el primer momento el Tribunal Constitucional con tanta reiteración que no es necesario hacer cita de sentencias, ya que se trata de un principio hermenéutico firmemente asentado en nuestro ordenamiento.” (FJ 6)

Dicho esto, y en relación con el caso estudiado, el Tribunal añadió que:

“precisamente, por ese especial valor de los derechos fundamentales, de todos ellos, cuando sus titulares pretenden ejercerlos en supuestos como el que aquí concurre, corresponde al poder público frente al que se quieren hacer valer justificar razonadamente, si es el caso, las causas que impiden el ejercicio pretendido con toda la extensión que las normas configuradoras le confieren. Esto quiere decir que, en el supuesto que contemplamos, el derecho del artículo 23.2 de la Constitución se proyecta sobre el haz de facultades que la legislación atribuye a

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 3085/2001

FECHA: 6 de noviembre de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23.2 de la CE, y artículo 28 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF)

DOCTRINA: Petición de uso de dependencias municipales para reuniones de un grupo político. Derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos (FJ 6, 7 y 8)

los concejales para desempeñar sus cargos y que era el Ayuntamiento el llamado a justificar en términos concretos los motivos que impedían aceptar la propuesta del grupo [...]. Sin embargo, el Pleno no la observó.” (FJ 6)

Siguiendo con las circunstancias del caso, el Tribunal destacó que:

“Lo relevante es que la propuesta fue denegada sin argumentar motivo alguno. Ni en virtud del artículo 28 del Real decreto 2568/1986 ni en consideración a su artículo 27 ni a ningún otro precepto. Es más, de atender a esas manifestaciones, se hace aún más claro que lo procedente era la aceptación de la propuesta, aun modificándola en los términos más generosos que contemplan, ya que frente a la disponibilidad de un despacho dos días a la semana en horario de 8 a 15 horas pretendida por la moción, se refieren a la utilización de las dependencias municipales de las tenencias de Alcaldía siempre que las necesiten con el único requisito del preaviso el día anterior.” (FJ 6)

Asimismo, el Tribunal destacó que:

“la sentencia no advierte que la respuesta municipal fue exclusivamente denegatoria. El acuerdo adoptado rechazó la moción no sólo sin explicación sino también sin alternativa. Nada resolvió la corporación sobre otra forma de utilización de sus locales en las sedes de las tenencias de Alcaldía distinta de la planteada por el grupo proponente. El resultado al que condujo el acuerdo del Pleno es meramente negativo y la sentencia de instancia extrae una consecuencia de él que no se desprende de su tenor ni tiene plasmación alguna en actos municipales. De este modo, ni el Ayuntamiento obró correctamente, ni lo hizo la sala de Santa Cruz de Tenerife.” (FJ 6)

Con respecto a la aplicación del artículo 28.2 del Real decreto 2568/1986, el Tribunal declaró lo siguiente:

“la regla que establece es positiva. Y, si bien, el precepto somete la disponibilidad de locales municipales para las reuniones que contempla a un régimen de utilización a establecer por el alcalde o por el concejal responsable, precisa que tal regulación solamente depende de dos factores: la necesaria coordinación funcional y los niveles de representación política. Pero, naturalmente, la falta de normas al respecto no ha de impedir el uso de los locales siempre que sea posible desde el punto de vista funcional. En cualquier caso, el Pleno del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna no adujo motivos de esa naturaleza, ni respetó la regla general que sienta este precepto. Se limitó a rechazar lo que se le proponía sin adoptar ninguna otra determinación ni ofrecer justificación válida. De este modo, infringió este precepto y, también, incurrió en la vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, porque impidió a los concejales del grupo proponente servirse de medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para el ejercicio de su función representativa en interés de los vecinos.” (FJ 7)

Por lo expuesto, el Tribunal estimó el recurso, declarando lo siguiente:

“hemos de tener presente cuanto se ha dicho en los fundamentos anteriores y, también, que de la prueba practicada ha

resultado que los edificios de las tenencias de Alcaldía disponen de espacio suficiente, vistas sus dimensiones y el número de funcionarios que prestan sus servicios en ellos [...]. Estas circunstancias imponen que, [...] lo estimemos, declararemos nulo el acuerdo [...] de conformidad con el artículo 28.2 del Real decreto 2568/1986, reconozcamos a la Sra. C y a los concejales del grupo político autor de la moción rechazada el derecho a utilizar un despacho o local de los edificios de las tenencias de Alcaldía dos días a la semana entre las 8 y las 15 horas, para celebrar las reuniones que contempla el indicado artículo 28 y sin perjuicio de la regulación que, de conformidad con ese precepto, pueda establecer el Ayuntamiento.” (FJ 8)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En materia de derecho de los concejales a la información y documentación municipales, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de marzo de 2006 (Aranzadi 2006/2286); STS de 31 de enero de 2006 (Aranzadi 2006/2706); STS de 6 de julio de 2005 (Aranzadi 2005/8986), y STS de 29 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/4692).

Sobre el derecho de los grupos políticos al uso de locales municipales, ver la siguiente sentencia: STS de 19 de diciembre de 2001 (Aranzadi 2002/933).

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Suelo urbano consolidado. Ausencia de urbanización en el interior de los terrenos. Utilización indebida del sistema de actuaciones aisladas

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión Territorial de Urbanismo de Burgos aprobó las Normas Urbanísticas Municipales de Espinosa de los Monteros, que incluía varios núcleos. Varios propietarios de fincas comprendidas dentro del ámbito territorial de las mismas formularon un recurso de alzada, que fue desestimado por la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León. Contra dicha resolución fue interpuesto un recurso contencioso-administrativo, centrándose éste en la impugnación de la ordenación urbanística prevista para las actuaciones aisladas (AA) AA-15, AA-16, AA-17 y AA-18. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimó el recurso, anulando la resolución impugnada, así como las Normas Urbanísticas en cuanto al planeamiento y regulación urbanística que realizaban del suelo comprendido en las actuaciones aisladas mencionadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Las argumentaciones del recurrente se centran en la errónea clasificación del suelo comprendido en las cuatro citadas actuaciones aisladas como suelo urbano consolidado cuando a su juicio constituía en su realidad física “suelo urbano no consolidado”. De ello resultaban las demás quejas y motivos de impugnación, esgrimidos, como son la indebida utilización del sistema de actuaciones aisladas como modelo de gestión urbanística, la vulneración del principio de equidistribución de beneficios y cargas y el discriminatorio reparto de zonas verdes entre mencionadas actuaciones aisladas.

Por tanto, el Tribunal se centró en valorar si en el caso enjuiciado se estaba ante suelo urbano consolidado o suelo urbano no consolidado. Al respecto, el Tribunal insistió en el carácter reglado del concepto de suelo urbano, declarando lo siguiente:

“lo que es asumido por ambas partes, su enjuiciamiento y solución se reduce a la dilucidación de si efectivamente, el terreno o parcela cuestionado, está dotado o no, con los servicios descritos en el artículo 78 de la Ley del suelo de 1976 y en el artículo 2 del Real decreto ley 16/1981, de 16 de octubre. La doctrina de esta sala es clara y contundente en cuanto a la interpretación de los citados preceptos, en el sentido de considerar al suelo urbano

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 224/2004

RESOLUCIÓN: 542/2006

FECHA: 3 de noviembre de 2006

PONENTE: Ilmo. Sr. Eusebio Revilla Revilla

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Comunidad Autónoma de Castilla y León

CODEMANDADO: Ayuntamiento de Espinosa de los Monteros

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones (LRSV), y artículos 11, 12, 18, 65 y 72 de la Ley 5/1999, de urbanismo de Castilla y León

DOCTRINA: Suelo urbano consolidado. Ausencia de urbanización en el interior de los terrenos.

Utilización indebida del sistema de actuaciones aisladas (FJ 5, 6 y 7)

como un concepto reglado, de suerte que la concurrencia de unos terrenos de las circunstancias y servicios especificados en dichos preceptos y también en el artículo 21 del Reglamento de planeamiento, es de obligado acatamiento su reconocimiento para la Administración, a los efectos de su necesaria clasificación como suelo urbano, ya que tal clasificación de suelo urbano ha de partir de su situación real en el momento de planificar, asignando forzosamente esta condición a aquellos terrenos en que concurren de hecho las circunstancias indicadas, en los anticipados preceptos y además que tal clasificación exige no simplemente el que los terrenos estén dotados de acceso rodado, abas-

tecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica sino que ello lo sea con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir y también que tales dotaciones las proporcionen los correspondientes servicios y que el suelo esté insertado en la malla urbana.” (FJ 5)

Siguiendo con lo anterior, el Tribunal declaró que:

“La doctrina de esta sala es clara y contundente en cuanto a la interpretación de los citados preceptos, en el sentido de considerar al suelo urbano como un concepto reglado, de suerte que la concurrencia de unos terrenos de las circunstancias y servicios especificados en dichos preceptos y también en el artículo 21 del Reglamento de planeamiento, es de obligado acatamiento su reconocimiento para la Administración, a los efectos de su necesaria clasificación como suelo urbano, ya que tal clasificación de suelo urbano ha de partir de su situación real en el momento de planificar, asignando forzosamente esta condición a aquellos terrenos en que concurran de hecho las circunstancias indicadas, en los antecitados preceptos y además que tal clasificación exige no simplemente el que los terrenos estén dotados de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica sino que ello lo sea con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir y también que tales dotaciones las proporcionen los correspondientes servicios y que el suelo esté insertado en la malla urbana.” (FJ 5)

Asimismo, el Tribunal declaró que:

“la clasificación de un terreno como suelo urbano depende del hecho físico de la urbanización o de la consolidación, de suerte que la Administración queda vinculada por una realidad que ha de reflejar en sus determinaciones clasificatorias. Desde la reforma de la Ley del suelo de 1975 la clasificación de un terreno como suelo urbano constituye un imperativo legal (artículo 78 del TRLS) que no queda al arbitrio de la Administración de planificación sino que debe ser definido en función de la realidad de los hechos. Hasta aquí el planteamiento del motivo de casación coincide con nuestra jurisprudencia, por lo que el debate se encuentra bien centrado.” (FJ 5)

Sin embargo, dicho lo anterior, el Tribunal aclaró lo siguiente:

“Las diferencias de criterio surgen, no obstante, a la hora de considerar la suficiencia e idoneidad de los servicios urbanísticos de que debe estar dotado el suelo urbano. A tal efecto, y respecto del criterio de la urbanización, la jurisprudencia no sólo considera necesarias legalmente las dotaciones esenciales de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, como dice la recurrente, sino que precisa que las mismas han de poseer las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o haya de construirse, que tales dotaciones las proporcionen los servicios correspondientes y que el suelo se encuentre inserto en la malla urbana, es decir, que exista una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua, energía eléctrica y saneamiento de que puedan servirse los terrenos y que éstos, por su situación, no estén completamente desligados del entramado urbanístico ya existente.” (FJ 5)

Dicho lo anterior, el Tribunal se centró en determinar si el suelo en el que se centraba el caso enjuiciado tenía el carácter de consolidado por la urbanización, por cuanto de responder afirmativamente debía prosperar el recurso en este punto, siendo de desestimar en el caso contrario. A este respecto, el Tribunal se refirió al artículo 14 de la LRSV, indicando que:

“El artículo 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, introdujo una diferenciación dentro de la categoría del suelo urbano, entre el que denominó ‘consolidado por la urbanización’ y ‘no consolidado por la urbanización’, ciñendo el deber de cesión de diez por

ciento del aprovechamiento a esta segunda subcategoría de suelo urbano.” (FJ 5)

Siguiendo con lo dispuesto por el artículo 14 de la LRSV, el Tribunal declaró lo siguiente:

“En realidad la previsión establecida en el artículo 14 de la LRSV, al diferenciar entre suelo consolidado y no consolidado por la urbanización, está asumiendo [...] la diferencia entre los suelos que no precisan de instrumentos de equidistribución para su ejecución conforme al planeamiento y que por tanto no quedan integrados en unidades de ejecución, pudiendo ser edificados conforme a los requisitos previstos por el artículo 40 del Reglamento de gestión urbanística, y los suelos que conforme al planeamiento en vigor se hallan integrados en unidades de ejecución por requerir su equidistribución y ejecución mediante cualquiera de los sistemas de cooperación o compensación (artículo 41 del RGU).” (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal declaró que:

“lo que diferencia al suelo urbano no consolidado es el estar conforme al planeamiento sometido a operaciones integrales de urbanización, renovación o edificación que hacen imposible su edificación sin dar cumplimiento a los deberes a que alude el artículo 14.2 en sus apartados a), en relación con la cesión del suelo necesario para viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas; del apartado d) en relación con la equidistribución de beneficios y cargas; y del apartado e) en relación con operaciones de urbanización integral.” (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal concluyó que:

“será suelo consolidado por la urbanización aquél respecto del cual no se hallen pendientes de cumplimiento los deberes de cesión, equidistribución, y urbanización.” (FJ 5)

Aplicando lo anterior al caso de autos, el Tribunal consideró que:

“dicho terreno debiera haber sido clasificado y categorizado como ‘suelo urbano no consolidado’ como pretende la actora, y no como suelo urbano consolidado como se hizo en los actos recurridos y defienden las partes demandada y codemandada.” (FJ 6)

El Tribunal entendió que:

“No ofrece ninguna duda por tanto que referidos terrenos en litigio deben ser clasificados por imperativo legal y por aplicación del artículo 12.b) de la Ley 5/1999 como suelo urbano no consolidado y no como suelo urbano consolidado, como erróneamente se hace.” (FJ 6)

En virtud de lo anterior, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“Partiendo de dicha conclusión de clasificar y categorizar dicho suelo como urbano no consolidado y teniendo en cuenta la previsión legislativa contenida en el artículo 65.3 de la Ley 5/1999 de que ‘en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable la gestión urbanística se efectuará mediante actuaciones integradas sobre ámbitos denominados unidades de actuación, a desarrollar mediante alguno de los sistemas regulados en esta Ley’, previéndose las actuaciones aisladas según el artículo 65.2 de la misma Ley para la gestión de suelo urbano consolidado, y también según el artículo 65.4 para cualquier tipo de suelo cuando de iniciativa pública se trata y para los fines previstos en el citado precepto, es por lo que ha de concluirse que el desarrollo y gestión urbanística del terreno que delimitan las cuatro citadas actuaciones aisladas (anteriormente la U.A. 8) habrá de verificarse como suelo urbano no consolidado que es mediante una actuación integrada a desarrollar por alguno de los sistemas regulados en la Ley 5/1999 en los artículos 72 y siguientes. Por tanto tampoco son conformes a derecho las NN.UU.MM cuando prevén el desarrollo urbanístico del citado terreno comprendido en dichos sectores mediante el sistema de actuaciones integradas.” (FJ 7)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el carácter reglado de la clasificación del suelo urbano, ver las siguientes sentencias: STS de 23 de septiembre de 1992 (Aranzadi 1992/6982); STS de 23 de marzo de 1993 (Aranzadi

1993/2524); STS de 14 de abril de 1993 (Aranzadi 1993/2607); STS de 22 de febrero de 1994 (Aranzadi 1994/1459), y STS de 2 de noviembre de 1994 (Aranzadi 1994/8492), entre otras.

Tribunal Supremo. Entidades urbanísticas de conservación. Modificación de sus estatutos. Naturaleza**SUPUESTO DE HECHO**

El Ayuntamiento de Los Molinos desestimó una solicitud de modificación de estatutos de una entidad urbanística de conservación. Formulada un recurso contencioso-administrativo contra el mismo, éste fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Los recurrentes formularon un recurso de casación contra dicha resolución. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, con condena en costas a la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los recurrentes consideraban vulnerado el artículo 16 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal (LPH), modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, con base en que la sala de instancia afirmaba que los estatutos “fueron aprobados definitivamente mediante acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Los Molinos”; afirmación de la que la entidad recurrente, con base en el precepto invocado que exige y prevé que los estatutos sean aprobados por todos los propietarios, lo que no había ocurrido en el supuesto de autos, en el que en la fecha de aprobación de los mismos existían propietarios con títulos inscritos en el Registro de la Propiedad a los que ni siquiera se había dado traslado del borrador de los estatutos. Consideraban que no constando en la regulación contenida en el Reglamento de gestión urbanística, aprobado por el Real decreto 3288/1978 de 25 de agosto (RGU), quien debía comparecer al objeto de constituir las entidades urbanísticas, debía ser aplicada, por analogía y de forma supletoria, la citada LPH, cuyo artículo 16 se vulneraba juntamente con las garantías constitucionales de los propietarios.

El Tribunal se refirió a la naturaleza jurídica de las entidades urbanísticas de conservación, destacando su carácter administrativo. Al respecto, éste afirmó que:

“no hay duda alguna que las entidades urbanísticas colaboradoras tienen carácter administrativo y dependen de la Administración actuante, como dice el artículo 26 de Reglamento de gestión urbanística; están integradas por propietarios de bienes sitos en un polígono o unidad de actuación; se rigen, además de por sus propios estatutos, por las normas específicas y generales sobre entidades colaboradoras; y concretamente las entidades de conservación tienen como finalidad, como su propio y expreso nombre indica, la conservación de las obras de urbanización, además del mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos, en los casos como el que nos ocupa, según antes hemos razonado debiendo determinarse la participación de los propietarios en esta obligación, en función de los criterios señalados legalmente o en sus propios estatutos (artículos 68 y 69 del Reglamento de gestión)’. Sin embargo las mismas [...] ‘no gozan de personalidad jurídica sino a partir del momento de su inscripción en el correspondiente Registro –artículo 26, 2, del Reglamento de gestión urbanística– y por tanto ha de ser a partir de ese momento cuando han de entrar en juego las consecuencias jurídicas que derivan de su carácter administrativo’.” (FJ 3)

Sentado el carácter administrativo de las entidades urbanísticas de conservación y la dependencia de las mismas en relación con la Administración urbanística competente, el Tribunal advirtió que:

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 4650/2003

FECHA: 21 de diciembre de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de los Molinos

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 16 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal (LPH), modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, y artículos 26.2, 27.1, 68 y 69 del Real decreto 3288/1978, de 25 de agosto, Reglamento de gestión urbanística (RGU)

DOCTRINA: Entidades urbanísticas de conservación. Modificación de sus estatutos. Naturaleza (FJ 3)

“el conflicto suscitado entre la entidad recurrente y el Ayuntamiento de Los Molinos gira en torno a un aspecto concreto de la expresada relación, que, en realidad, se desgaja en dos: la aprobación de los estatutos de la entidad y su modificación.” (FJ 3)

Con respecto a la aprobación de los estatutos de dichas entidades y su modificación, el Tribunal declaró que:

“Las normas legales resultan claras, pues el artículo 27.1 del RGU, como recogía la jurisprudencia que hemos citado, dispone que ‘la constitución de las entidades urbanísticas colaboradoras, así como sus estatutos, habrán de ser aprobados por la Administración urbanística actuante’; añadiéndose en el punto 4 del mismo precepto que «la modificación de los Estatutos requerirá aprobación de la Administración urbanística actuante.” (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal entendió que:

“La clara regulación contenida en el RGU en relación con la aprobación y modificación de los estatutos de las entidades urbanísticas, impide la aplicación, aún analógica, de las normas de la LPH, situadas en el ámbito del Derecho privado (sustentado, en gran medida, en el principio de la autonomía de la voluntad de los sujetos de las relaciones jurídicas) y que en modo alguno coinciden con el carácter administrativo y con la situación de dependencia que se proclama de las entidades urbanísticas que nos ocupan.” (FJ 3)

Por tanto, según el Tribunal:

“al funcionamiento de esa entidad urbanística de conservación le son aplicables, para la adopción de acuerdos, lo dispuesto en sus estatutos, debidamente aprobados, [...] no siéndole de aplicación lo establecido en la Ley de propiedad horizontal para los comuneros, por cuanto, a falta de regulación expresa en los estatutos, han de ajustarse a las previsiones del Reglamento de gestión urbanística.” (FJ 3)

Finalmente, el Tribunal afirmó que:

“No se está, pues, en este caso ante acuerdos de carácter privado en el seno de una comunidad de propietarios, regidos por la Ley de propiedad horizontal, sino ante acuerdos de una entidad urbanística de conservación relativos al funcionamiento de la propia entidad y al mantenimiento de las infraestructuras, dotaciones e instalaciones de la urbanización, que, según el indicado plan parcial, deben correr a cargo de los propietarios, de modo que, aunque éstos se hayan constituido en régimen de comunidad de propietarios para regular sus relaciones de derecho privado, a los acuerdos de la Asamblea de la entidad de conservación no le son aplicables las reglas de aquélla sino el ordenamiento urbanístico correspondiente y sus propios estatutos.” (FJ 3)

Tribunal Supremo. Planes especiales de reforma interior. Indemnización en razón de la limitación singular establecida para un edificio

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Valencia aprobó un plan de reforma interior promovido por la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia en el ámbito de planeamiento diferido en suelo urbano del Plan General de Valencia. Contra dicho acuerdo fue interpuesto un recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por ser contrario a derecho el acto impugnado en cuanto no reconocía a los actores el derecho a la correspondiente indemnización en razón de la limitación singular que establecía para un edificio, reconociéndose el derecho de los actores a la indemnización correspondiente en razón de tal limitación singular. El Ayuntamiento de Valencia formuló un recurso de casación contra dicha resolución, recurso que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Ayuntamiento recurrente invocaba la aplicación indebida del artículo 239.2 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992, alegando que el artículo que era aplicable al caso era el 237.2 de dicha norma, por no estar ante un supuesto de vinculación singular, sino de un edificio fuera de ordenación como consecuencia de una modificación del planeamiento urbanístico.

El Tribunal desestimó dicho motivo, por cuanto:

“si bien es cierto que la situación de fuera de ordenación del edificio en cuestión obedece a la aprobación de un plan especial de reforma interior, no es menos cierto que con ello se produce una limitación singular por cuanto, como declaró probado la sala sentenciadora y no lo desmiente el Ayuntamiento recurrente, tal ‘limitación solamente afecta al citado edificio y no a otros.’” (FJ 2)

A continuación, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Si la situación de fuera de ordenación se hubiese declarado para todos los edificios de las mismas características situados en el ámbito ordenado por el Plan Especial de Reforma Interior, nos encontraríamos ante un nuevo planeamiento que aplica idéntico rasero a todas las construcciones que dentro del sector tuviesen más de tres plantas, pero resulta que en el perímetro urbano delimitado por el planeamiento urbanístico aprobado, [...] existen en la misma DIRECCION000 otras edificaciones de siete y ocho alturas, que, según declara probado el Tribunal *a quo*, no han sido declaradas fuera de ordenación, [...] razón por la que, como acertadamente lo consideró la sala de instancia, se está ante un supuesto de vinculación singular contemplado en el artículo 239.2 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992, reproducido por el artículo 43 de la vigente Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, y, por consiguiente, tal limitación confiere a los afectados por ella

En virtud de lo expuesto, entre otros motivos, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la naturaleza de las entidades de conservación, ver las siguientes sentencias: STS de 15 de mayo de 2005; STS de 20 de septiembre de 2005 (Aranzadi 2006/303); STS de 26 de octubre de 1998 (Aranzadi 1998/7688); STS de 14 de diciembre de 1989 (Aranzadi 1989/9125), y STS de 14 de febrero de 1990 (Aranzadi 1990/1316), entre otras.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 3751/2003
FECHA: 14 de diciembre de 2006
PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Valencia
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 239.2 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992
DOCTRINA: Planes especiales de reforma interior. Indemnización en razón de la limitación singular establecida para un edificio (FJ 2)

derecho a indemnización, según establecen expresamente estos dos citados preceptos.” (FJ 2)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente, por el concepto de honorarios de abogado de los comparecidos como recurridos, de cuatro mil euros.

Tribunal Supremo. Conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa de cuestiones prejudiciales civiles. Adquisición de terrenos públicos por usucapión

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Bilbao desestimó por silencio administrativo la solicitud de incoación de un expediente expropiatorio de la finca afectada por el proyecto de ampliación de una alameda. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco inadmitió el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dicha resolución, por falta de jurisdicción. Los recurrentes formularon un recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y declaró admisible el recurso contencioso-administrativo interpuesto, procediendo a su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los actores alegaban defecto en el ejercicio de la jurisdicción, al haberseles negado su derecho a obtener del Tribunal Contencioso-Administrativo una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada, mediante la remisión que se efectúa a la jurisdicción civil en relación con la determinación del derecho de propiedad, cuando ellos no habían planteado una pretensión declarativa o reivindicativa de la propiedad de un bien, sino que han tenido que argumentar sobre tal derecho de propiedad, a la vista de los razonamientos del Ayuntamiento, acudiendo al Tribunal ante las vías de hecho emprendidas por la Administración municipal.

Con respecto a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa al conocimiento de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden contencioso-administrativo, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Para responder a la primera argumentación, basta con citar lo que dispone el artículo 10.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial y 4 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Según este último, ‘La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter penal. La decisión que se pronuncie no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte, y podrá ser revisada por la jurisdicción correspondiente.’” (FJ 4)

Dicho esto, el Tribunal hizo la siguiente aclaración:

“Las cuestiones ‘concernientes al dominio y a su reivindicación’ ciertamente competen a la jurisdicción civil, ‘que es la que debe juzgar y decidir’, siendo de aplicación los artículos 2.a) de la Ley de la jurisdicción y 51 de la de enjuiciamiento civil, pero ello no empece para que la competencia de esta especializada jurisdicción contencioso-administrativa, cual expresa el artículo 4 del texto legal citado en primer lugar, se extienda ‘al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter penal’ y es por ello, por lo que estando en presencia de un tema de índole prejudicial, que desde luego no es de carácter penal, devenía procedente su enjuiciamiento actual sin formular reserva de acciones y aunque la decisión que se pronuncie ‘no produzca efecto fuera del proceso en que se dicte y pueda ser revisada por la jurisdicción civil’, máxime cuando, el artículo 3 de la Ley de expropiación forzosa, preceptúa que las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho afectado y que ‘salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente.’” (FJ 4)

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 556/2004

FECHA: 12 de diciembre de 2006

PONENTE: Excm. Sra. Margarita Robles Fernández

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Bilbao

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 10.1 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; artículo 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y artículo 1941 del Código Civil

DOCTRINA: Conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa de cuestiones prejudiciales civiles. Adquisición de terrenos públicos por usucapión (FJ 4, 5 y 7)

Por tanto, según el Tribunal:

“Al resolver esta cuestión prejudicial civil la sala de instancia no excede el ámbito que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, a tenor de lo que dispone el artículo que se acaba de citar y la jurisprudencia que lo aplica.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal recordó que éste recientemente ha declarado que:

“se establece la posibilidad de determinar en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa si se ha producido la adquisición por usucapión de una finca en los términos y con el alcance previsto en el artículo 4 de la Ley jurisdiccional antes citada, cuando tal cuestión prejudicial está directamente relacionada con el recurso contencioso-administrativo, lo que sin ninguna duda ocurre en el caso de autos, en el que los recurrentes solicitan que se incoe expediente expropiatorio sobre finca que reputan de su propiedad, entendiéndose que el Ayuntamiento ha incurrido en vía de hecho al incorporarla sin expediente expropiatorio a la ampliación de la Alameda de Recalde, oponiéndose a ello el Ayuntamiento de Bilbao por reputar de su propiedad la referida finca.” (FJ 4)

Por lo expuesto, el Tribunal consideró que se había producido la vulneración de los preceptos y jurisprudencia invocados por el recurrente, estimando el motivo de casación.

La estimación del motivo anterior llevó al Tribunal a entrar en la cuestión de fondo de la cuestión planteada, valorando la procedencia de la incoación de un procedimiento expropiatorio. A tal efecto, el Tribunal se pronunció sobre la propiedad de la finca litigiosa. Al respecto, el Tribunal recordó la jurisprudencia relativa a la adquisición de bienes para el dominio público por usucapión, señalando que:

“la adquisición de bienes para el dominio público puede operarse por medios o modos de Derecho Administrativo y también de Derecho privado, entre ellos la prescripción adquisitiva o usucapión.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal declaró lo siguiente:

“La ocupación por el poder público de un bien inmueble, que permanece en posesión de su dueño, sin seguir los trámites que exige la normativa sobre expropiación forzosa comporta una vulneración de la garantía indemnizatoria que la Cons-

titución reconoce en favor de la propiedad como derecho fundamental (artículo 33 de la Constitución) y coloca a la Administración en el terreno de las llamadas vías de hecho, que se producen, entre otros supuestos, cuando la Administración actúa totalmente al margen del procedimiento establecido.

“Cuando estas circunstancias ocurren resulta imposible admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido del artículo 1959 del Código Civil. No cabe, sin embargo, descartar —y para ello es menester un examen de las circunstancias del caso— que una posesión adquirida de manera no pacífica por la Administración pueda pasar a serlo por el consentimiento o la pasividad posterior del propietario, pues la jurisprudencia civil exige que el carácter no pacífico de la posesión, manifestada por la oposición del *versus dominus*, tenga una continuidad en el tiempo.

“Es cierto que tratándose, sin embargo, de la posesión adquirida de esta manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *versus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo, dada la situación de preponderancia que la Administración ostenta en virtud del ejercicio del poder, de tal suerte que los actos de aparente aquiescencia a la posesión pueden obedecer fácilmente a mera tolerancia por parte del dueño, la cual, según el artículo 1942 del Código Civil, no confiere eficacia para la usucapión a los actos de posesión que se benefician de ella.” (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal señaló que:

“el hecho de que no se produzca una reacción inmediata de los propietarios por la vía de los interdictos o de los remedios jurídicos establecidos contra la vía de hecho, y de que no se impugne después la ocupación realizada por la administración, no permitirá siempre entender que la posesión, inicialmente no pacífica, ha pasado a serlo, pues el ejercicio de las prerrogativas de autotutela decisoria y ejecutiva, de la potestad de revisión de oficio y de la de indemnizar los daños y perjuicios causados que la administración tiene en sus manos, en estrecha vinculación con la sujeción al principio de legalidad que debe presidir su actuación, permiten confiar al particular afectado en que la propia Administración, de haber procedido de manera no adecuada al ordenamiento jurídico, ajustará a él las consecuencias de su conducta remediando la agresión sufrida. Cabe por ello imputar a tolerancia actitudes que si fuera otro el sujeto ocupante de los bienes, podrían ser reveladoras de una pasividad ante la ocupación violenta suficiente como enervar la naturaleza no pacífica de la posesión.” (FJ 5)

Dicho lo anterior, y centrándose en el caso examinado, el Tribunal observó que “En el caso examinado, las circunstancias concurrentes abonaron la interpretación de que la ocupación inicial se produjo por la vía de hecho, con privación de la posesión a los propietarios del terreno, de tal suerte que no puede considerarse, según lo razonado, que la posesión así ganada tenga inicialmente la condición de pacífica que exige el artículo 1941 del Código Civil para la usucapión”, añadiendo a continuación que “no constan en las actuaciones actos de los propietarios anteriores a la reclamación que origina este litigio encaminados a interrumpir la posesión de la Administración y aunque no es menester que dichos actos tenga virtualidad para interrumpirla, sí que lo es que reflejen una actitud de los propietarios despojados de consentimiento o pasividad ante el despojo suficiente para convertir en poseedor pacífico al detentador violento. Ello no acontece en modo alguno en el caso que nos ocupa de modo que nos encontramos con una situación de pasividad y consentimiento de los propietarios que desde al menos 1955 y aun antes, no han realizado acto alguno.” (FJ 5)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal llegó a la esta conclusión:

“Con el alcance previsto en el artículo 4 de la Ley jurisdiccional, debe concluirse, pues, que se dan los requisitos exigidos en el artículo 1941 del CC en relación con la posesión del inmueble a que se contraen los presentes autos, según los requisitos recogidos en la jurisprudencia citada, y por tanto operando la usucapión en favor del Ayuntamiento de Bilbao, debe desestimarse la pretensión de los recurrentes, sin que quepa consiguientemente ordenarse la incoación del expediente expropiatorio que solicitaban y que fue denegado inicialmente por silencio administrativo y posteriormente por el Decreto de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Bilbao de 25 de septiembre de 2002.” (FJ 7)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la posibilidad de determinar en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa si se ha producido la adquisición por usucapión de una finca, cuando tal cuestión prejudicial está directamente relacionada con el recurso contencioso-administrativo, ver la siguiente sentencia: STS de 17 de mayo de 2006 (Aranzadi 2006/4468).

Sobre la adquisición de bienes de dominio público por usucapión, ver las siguientes sentencias: STS de 30 de septiembre de 2004 (Aranzadi 2004/6532), y STS de 28 de octubre de 1998 (Aranzadi 1985/5656).

Tribunal Supremo. Caminos de uso público. Procedimiento para la recuperación de su posesión

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Villahermosa ordenó a R que en el plazo de quince días dejara expedito un camino. Unos años antes, R lo había clausurado. El uso del citado camino había sido público o general y no exclusivo o privativo de la finca de R, atravesando éste varias fincas además de la de R. Interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, éste fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Ante ello, fue interpuesto un recurso de casación, siendo éste estimado por el Tribunal Supremo, que desestimó el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba la incongruencia de la sentencia. Se alegaba que la sentencia de instancia había declarado expresamente que no se había discutido en el litigio la regularidad del procedimiento establecido por el artículo 71 del Reglamento de

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 1041/2004
FECHA: 30 de enero de 2007
PONENTE: Excmo. Sr. Antonio Martí García
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Villahermosa
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 70 y 71 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales de 1986
DOCTRINA: Caminos de uso público. Procedimiento para la recuperación de su posesión (FJ 3 y 4)

bienes de las corporaciones locales, cuando sí se había denunciado que no se habían seguido los trámites establecidos por el artículo 46.

El Tribunal estimó dicho motivo de casación, declarando lo siguiente:

“es cierto que el hoy recurrente cuestionó la regularidad del procedimiento, de acuerdo con los trámites exigidos por los artículos 46 y siguientes del Real decreto 1372/1986, de 13 de julio, que aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales, y por tanto, no se puede aceptar la alegación de la sentencia recurrida sobre que no se había cuestionado la regularidad del procedimiento, y por tanto era obligado que la sentencia recurrida hubiera entrado en el análisis de esas alegaciones, y al no haberlo hecho se ha producido la incongruencia que se denuncia.” (FJ 3)

Estimado el motivo anterior, el Tribunal entró en el fondo del asunto, analizando si concurrían los defectos de procedimiento alegados en la sentencia de instancia. El Tribunal rechazó las alegaciones relativas a esta cuestión, declarando lo siguiente:

“si la perturbación en el uso del camino se produce en mayo de 1999, y el acuerdo final del Ayuntamiento, tras los trámites que le son propios y están acreditados, se produce el 26 de octubre de 2000, es claro que se puede estimar que la perturba-

ción o usurpación en el uso del camino es reciente, y por tanto, la actuación aparece incluida en la situación definida en el artículo 71 del Reglamento de bienes de las entidades locales más atrás citado, como de ‘usurpaciones recientes’.

“Y por otro lado, porque si bien es cierto que, el artículo 71 citado, refiere que el procedimiento para la recuperación de la posesión podrá iniciarse a través de las formas previstas en el artículo 46, esta referencia al artículo 46, como el propio precepto –artículo 71– expresamente indica, se ha de referir a las formas de iniciación del procedimiento, pero no a que se siga, como el recurrente pretende el trámite o trámites previstos en artículo 46 y siguientes para la acción investigadora, entre ellos caución, publicación en el *Boletín Oficial de la Provincia*, y por tanto, como no es exigido que se sigan los trámites previstos para la acción investigadora, y se han cumplido por los trámites previstos para la recuperación de la posesión, acuerdo del Ayuntamiento, pruebas y audiencia la interesado, es procedente declarar que se han cumplido los trámites exigidos y que por tanto que no hubo irregularidades en el procedimiento.” (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación, desestimando el recurso contencioso-administrativo.

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Solicitud de suspensión del Carnaval en el centro de la ciudad. Contaminación acústica. Derecho a la intimidad personal y familiar. Prevalencia del interés general. Adopción de medidas correctoras por la Administración

SUPUESTO DE HECHO

Una comunidad de propietarios formuló un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, sobre la ubicación de la celebración del Carnaval en la zona centro de la ciudad, por considerar que lesionaba el artículo 18 de la CE, por cuanto, al no respetarse los límites legales en la emisión de ruido, se afectaba el derecho al descanso de los ciudadanos, afectando el derecho a la intimidad personal y familiar. El juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente desestimó el recurso, por falta de prueba, en la medida que no se había demostrado la intensidad del ruido en el interior de los domicilios de los demandantes. Contra dicha resolución fue interpuesto un recurso de apelación, siendo éste estimado parcialmente por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal consideró que existía prueba suficiente, por cuanto:

“se recogen veintidós actas de medición de niveles sonoros, practicadas conforme informe emitido por el sargento del la Policía Local núm. 24, con el sonómetro marca CESVA SC-20C, homologado y con certificado de verificación anual, habiéndose calibrado previamente ‘practicándose a pie de fachadas de los edificios demandantes y en el resto de actividades a medir se atendió al límite de proximidad a la fuente emisora’, verificándose entre las 3 y 6 de la madrugada dando los resultados correspondientes a la respuesta rápida (LF) y máxima LF, recogiendo las actas de los folios 18 a 116 las mediciones efectuadas el día 26/2/2006. Uniéndose a continuación al folio 127 y siguientes las mediciones efectuadas por la Policía Local el día 4 de marzo del 2006 igualmente entre las 3 y 6 de la mañana.” (FJ 2)

Ante ello, el Tribunal revocó la sentencia impugnada y entró en el fondo del asunto. Al respecto, el Tribunal analizó el derecho fundamental contenido en el artículo 18 de la CE, recordan-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 219/2006

RESOLUCIÓN: 14/2007

FECHA: 26 de enero de 2007

PONENTE: Ilmo. Sr. M^a Pilar Alonso Sotorrio

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 18 de la CE

DOCTRINA: Solicitud de suspensión del Carnaval en el centro de la ciudad. Contaminación acústica.

Derecho a la intimidad personal y familiar.

Prevalencia del interés general. Adopción de medidas correctoras por la Administración (FJ 2, 3 y 4)

do lo declarado acerca del mismo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“En cuanto al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable en España ex artículo 10 de la Constitución, el Tribunal falló tanto su aplicabilidad, como su cumplimiento. Teniendo en cuenta que la contaminación medio ambiental puede afectar al bienestar y al disfrute del propio hogar de forma que repercuta en la vida privada y familiar, el Tribunal consideró que las autoridades nacionales estaban obligadas a tomar las medidas oportunas para asegurar que el derecho a la vida privada y familiar fuera eficazmente protegido, y por tanto, era lícito que los actores esperaran ser informados. La falta de acción por parte del Estado supuso la violación del artículo 8.” (FJ 3)

Por tanto, según recordó el Tribunal:

“el TEDH condenó al Estado por no garantizar el derecho al disfrute del propio hogar sin intrusiones medioambientales.” (FJ 3)

Con respecto a los derechos del artículo 18 de la CE, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Respecto a los derechos del artículo 18 de la CE, debemos poner de manifiesto que en tanto el artículo 8.1 del CEDH reconoce el derecho de toda persona ‘al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia’, el artículo 18 de la CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2). Respecto del primero de estos derechos fundamentales ya hemos advertido [...] que este Tribunal ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intrusionas de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima.” (FJ 3)

A la vista de lo expuesto, el Tribunal destacó lo siguiente:

“los tribunales, en una línea de progresiva ha ampliado la tutela de los ciudadanos frente a la contaminación acústica, declaran lesionados los derechos fundamentales de integridad física e inviolabilidad del domicilio y condenan a la Administración responsable cuando no evita las lesiones. Es decir, declaran la lesión de derecho fundamental como consecuencia de la contaminación acústica y los reparan mediante el resarcimiento de los daños producidos, pedimento no realizado en el presente recurso.” (FJ 3)

Centrándose en el caso enjuiciado, el Tribunal consideró que se habían excedido notablemente los límites de ruido fijados por la normativa vigente, declarando lo siguiente:

“El examen conjunto de la normativa aludida, en especial, los límites fijados respecto al ruido que se puede emitir al exterior desde los locales autorizados, así como la prohibición de altavoces en el exterior después de las 20 horas, los límites de ruidos fijados en la Ordenanza que en ningún caso se autorizan por encima de 55 dba, hacen que analizada la prueba practicada utilizando el sonómetro legalmente establecido, debidamente homologado y verificado, se haya constatado que el ruido ambiente los días de Carnaval del año pasado, excedieron, notablemente, los límites fijados.” (FJ 4)

Por ello, el Tribunal entendió que:

“en el presente recurso en el que el nivel es superior a los 100 db [...], debe estimarse el recurso interpuesto y declarar vulnerado el derecho fundamental contenido en el artículo 18 de la Constitución en conformidad con la constante y reiterada jurisprudencia, recogida en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución. Sin que sea admisible la alegación realizada por la administración de que los ruidos son debidos al denominado ‘mogollón’, pues es la Administración, y sólo ella, la que concede autorizaciones y licencias para el establecimiento en todo el centro de la ciudad –toda ella zona residencial–, de los denominados ‘chiringuitos’, kioscos, terrazas de bares, circulación y aparcamiento de vehículos de todo tipo engalanados [...] que con sus altavoces emiten música de forma continua durante toda la noche, generando la contaminación acústica denunciada en el presente recurso, y ello por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar una contaminación acústica intolerable, sufrida por los recurrentes, suponiendo infracción de los derechos fundamentales invocados por los apelantes.” (FJ 4)

Sin embargo, el Tribunal no estimó procedente la suspensión del Carnaval, por cuanto:

“de la ponderación de intereses en conflicto que debe efectuarse, ha de considerarse como predominantes el interés general, ya que no se debe olvidar que de lo que se trata es de la suspensión de una de las fiestas de mayor importancia y trascendencia de la ciudad, y que su adopción produciría gran perjuicio a la sociedad.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal se refirió a las medidas correctoras a adoptar por la Administración demandada, indicando lo siguiente:

“Pero ello no es obstáculo para que, a tenor de lo resuelto en la presente sentencia, la administración apelada, deba adoptar todas aquellas medidas a fin de evitar el exceso de ruido producido por la música o aparatos electrónicos, en la zona centro de la ciudad, zona residencial a la que es de aplicación los límites contenidos en la normativa enumerada en los fundamentos de derecho anteriores, de modo que en ningún caso pueda superarse el nivel de decibelios fijados en la Ordenanza municipal para la noche, cuya máximo es de 55 dba, conforme al artículo 7 de la mencionada Ordenanza, aplicándolo de forma orientativa dado que no existe regulación expresa, para este especial y trascendental evento declarado de interés turístico internacional, en el ámbito municipal.

“Por lo que en conformidad con el último párrafo del fundamento de derecho anterior la administración en la concesión de las autorizaciones a los ‘chiringuitos’, kioscos, terrazas de bares, circulación y aparcamiento de vehículos de todo tipo engalanados [...] deberá establecer los límites precisos tanto sobre los decibelios de la música como respecto a su emplazamiento, horarios y demás circunstancias que incidan en la tranquilidad y descanso de los vecinos de la zona centro de la capital durante las horas nocturnas. De modo que todo ello deba tenerse en cuenta, no obstante la importancia que tiene para esta ciudad la celebración del Carnaval, por la administración y con el fin de proteger y amparar el derecho al descanso y tranquilidad de los vecinos de la misma, para lo cual deberá adoptar todas aquellas medidas necesarias, llegando incluso al traslado de las actividades nocturnas a zonas no residenciales, a fin de proteger los derechos de éstos y dar cumplimiento a la normativa existente sobre ruidos, celebración de espectáculos.” (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente el recurso de apelación, revocando la sentencia impugnada, declarando la vulneración del derecho fundamental contenido en el artículo 18 de la CE, sin que hubiera lugar a la adopción de la suspensión de los Carnavales solicitada, obligando al Ayuntamiento a adoptar cuantas medidas fueran necesarias.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre supuestas violaciones de los derechos reconocidos en los artículos 15 y 18.1 de la CE producidas como consecuencia de la pasividad de un ayuntamiento frente a la contaminación acústica, ver la siguiente sentencia: STC de 24 de mayo de 2001 (Aranzadi 2001/119).

Sobre el derecho al respecto a la vida personal y familiar, ver las siguientes sentencias: STC 35/1995, de 6 de febrero (Aranzadi 1995/35); STEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3), caso López Ostra contra Reino de España, y STEDH de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998/2), caso Guerra y otros contra Italia.

Sobre la vulneración del artículo 18 de la CE, ver las siguientes sentencias: STC 22/1984, de 17 de febrero (Aranzadi 1984/22); STC 137/1985, de 17 de octubre (Aranzadi 1985/137), y STC 94/1999, de 31 de mayo (Aranzadi 1999/94).

Tribunal Supremo. Retasación del justiprecio de una finca expropiada. Plazo de caducidad

SUPUESTO DE HECHO

La Consejería de Obras públicas y Urbanismo de la Comunidad de Madrid denegó una solicitud de retasación de fincas expropiadas. Interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, éste fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Ante ello, los recurrentes formularon un recurso de casación.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso, con imposición de costas al recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los recurrentes alegaban la infracción de los artículos 58 y 50.2 de la LEF y 74 y 51.4 de su Reglamento, y de la jurisprudencia que referida al derecho del expropiado a la retasación transcurrido el plazo de caducidad establecido en el artículo 58 de la LEF, desde que el justiprecio quedó definitivamente fijado en vía administrativa sin que se interrumpiera por la interposición de recursos jurisdiccionales.

En relación con la retasación, el Tribunal declaró lo siguiente:

“El artículo 58 de la Ley de expropiación forzosa contempla el derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación (retasación), por el mero transcurso de dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne plazo de caducidad, cuyo cómputo se inicia con la fecha del acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio, como señala el artículo 35.3 de la dicha LEF y declara abundante jurisprudencia.” (FJ 3)

Acerca de la interrupción del plazo para la retasación, el Tribunal advirtió que “es reiterada la jurisprudencia que declara que dicho plazo no se interrumpe por la interposición de recursos jurisdiccionales”, de modo que “la existencia de recurso contencioso-administrativo sobre el justiprecio fijado por el Jurado no impide que continúe discurriendo el plazo de caducidad establecido para dar lugar al derecho de retasación, que sólo se interrumpe por el pago o consignación del mismo” (FJ 3).

Con respecto al alcance del pago, el Tribunal declaró que:

“ha de atenderse a la ejecutividad de los acuerdos del Jurado que [...] son actos que no requieren operaciones de ejecución sino que se agotan en su propia función tasadora y cuya ejecutividad se concreta en los efectos que la legislación de expropiación forzosa hace derivar de los mismos, de manera que una vez determinado por el Jurado de Expropiación el justiprecio debe ser pagado por el beneficiario de la expropiación, según disponen los artículos 48.1 y 52.7 de la LEF. Ello ha de ponerse en relación con la delimitación efectuada en el artículo 50.2 según el cual, el expropiado tiene derecho a que se le entregue, aunque exista litigio o recurso pendiente, la indemnización hasta el límite en que exista conformidad entre aquél y la Administración; a tal efecto la jurisprudencia tiene declarado que: ‘es claro, que la denominada indemnización por el citado precepto, es pues una parte del justiprecio, toda vez que las hojas de aprecio formuladas por las partes de la expropiación, constituyen respectivamente los límites mínimo y máximo de la definitiva cuantificación del justo precio. El límite mínimo, pues, es una cantidad necesariamente integrada en el justiprecio, y que como tal ha de recibir el tratamiento jurídico propio, regulador del pago del justiprecio, entre cuya normativa, precisamente, como ya hemos visto el artículo 50.2 de la Ley de expropiación forzosa, permite y autoriza ese pago adelantado.’” (FJ 3)

Por tanto, según indicó el Tribunal:

“la retasación, como garantía jurídica de que el expropiado percibirá la adecuada compensación por el sacrificio sufrido [...], se anuda al transcurso del referido plazo de caducidad de

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 1096/2004

FECHA: 23 de enero de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Gobierno de la Comunidad de Madrid

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 50.2 y 58 de Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa; artículos 74.4 y 51.4 del Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de expropiación forzosa, y artículos 29 y 30 y disposición transitoria quinta de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones

DOCTRINA: Retasación del justiprecio de una finca expropiada. Plazo de caducidad (FJ 3)

dos años desde la fijación definitiva en vía administrativa del justiprecio sin que se haya procedido al abono o consignación del mismo, mientras que la demora en la determinación definitiva del justiprecio en vía jurisdiccional y su pago se atiende mediante el abono de los correspondientes intereses, de manera que la retasación se establece como reacción a la demora en el pago o consignación del justiprecio administrativo, no siendo aplicable a la demora que pueda apreciarse en la determinación judicial y definitiva del justiprecio, a cuyo efecto la Ley remite a la vía del abono de intereses y, en su caso, los que deriven de la ejecución del fallo.” (FJ 3)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“la valoración efectuada por la sala de instancia de la situación jurídica planteada en este caso, se acomoda a las previsiones del ordenamiento jurídico y la interpretación jurisprudencial indicada, pues la propia parte recurrente reconoce que ya con fecha 11 de julio de 1985 percibió el justiprecio en la cantidad concurrente de 14.417.213 ptas., circunstancia que consta en las correspondientes actas que figuran a los folios 294 y siguientes del expediente, en las que se refleja la percepción a cuenta y al amparo del artículo 50.2 de la LEF, y consta igualmente como hecho fijado en la instancia y no combatido, que la Administración expropiante procedió el 21 de septiembre de 1993 a consignar la diferencia con el justiprecio fijado por el Jurado Provincial de Expropiación el 23 de septiembre de 1992, es decir, la cantidad objeto de discordia, e incluso posteriormente, con fecha 3 de diciembre de 1997, la diferencia con el determinado en sentencia judicial de 15 de diciembre de 1995, por lo que ha de entenderse satisfecha por la Administración expropiante la exigencia de pago o consignación antes de que transcurriera el plazo de dos años establecido en el artículo 58 de la LEF, impidiendo así hablar de demora en el pago o consignación del justiprecio fijado en vía administrativa en los términos exigidos por la Ley para el nacimiento del derecho a la retasación, sin que pueda considerarse al efecto la demora en la fijación del justiprecio en vía jurisdiccional y su abono, que se atiende mediante el abono de los correspondientes intereses y no da lugar a retasación.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal consideró que no se había producido la infracción de los preceptos invocados por el recurrente, lo que llevó a la desestimación del recurso, con imposición de costas al recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la retasación, ver la siguiente sentencia: STS de 10 de octubre de 2006.

Sobre la retasación de bienes expropiados, ver las siguientes sentencias: STS de 8 de octubre de 1999 (Aranzadi 1999/8664);

STS de 4 de mayo de 2004 (Aranzadi 2004/5440), y STS de 18 de mayo de 2005 (Aranzadi 2005/5442).

Sobre la interrupción del plazo para la retasación, ver las siguientes sentencias: STS de 19 de enero de 1999 (Aranzadi 1999/1076); STS de 15 de noviembre de 1978; STS de 17 de noviembre de 1979; STS de 18 de marzo de 1983 (Aranzadi 1983/1287); STS de 20 de abril de 1985 (Aranzadi 1985/2174), y STS de 5 de junio de 1997 (Aranzadi 1997/4630).

Sobre el alcance del pago, ver la siguiente sentencia: STS de 30 de enero de 2001 (Aranzadi 2001/646).

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Ordenanza reguladora del uso de los caminos públicos. Competencia de los ayuntamientos para regular el uso de caminos con ámbito extramunicipal

SUPUESTO DE HECHO

Varios particulares interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de aprobación definitiva de la Ordenanza provincial reguladora del uso de los caminos públicos del término municipal de Mestanza.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Entre otros motivos, los recurrentes alegaban la falta de competencia del Ayuntamiento para regular el uso de caminos con ámbito municipal, por cuanto algunos de los caminos que catalogaba el inventario de dichos caminos, tenían un trazado que se extendía a otros términos municipales. En virtud de ello, invocaban la infracción del artículo 31.1.d) del Estatuto de autonomía, del artículo 11.b) de la Ley 2/1991, de 14 de marzo, y del artículo 344 del Código Civil.

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“la redacción denunciada no revela que el ámbito de la Ordenanza afecte a bienes no exclusivamente municipales y, en particular, a los caminos de dominio municipal (o vecinales) del Ayuntamiento de Mestanza, pues con la redacción indicada no se expresa que el ámbito regulador afecte a todos los caminos cuya parte de trazado se ubique en dicho término en vez de a los caminos con itinerario exclusivo dentro de la circunscripción municipal, sino que el vocablo ‘del’ tiene carácter posesivo o dominical, en el sentido de que el objeto de la Ordenanza son los caminos propiedad del municipio, y, por ello, los que su trazado íntegro se ubique en el mismo, y así ha de entenderse para que sea compatible o respetuoso con las competencias de otros municipios o de entidades provinciales.” (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 342/2003

RESOLUCIÓN: 439/2006

FECHA: 30 de octubre de 2006

PONENTE: Ilmo. Sr. Juan Manuel Sánchez Purificación

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Mestanza

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 31.1.d) del Estatuto de autonomía; artículo 11.b) de la Ley 2/1991, de 14 de marzo, de coordinación de las diputaciones provinciales, y artículo 344 del Código Civil

DOCTRINA: Ordenanza reguladora del uso de los caminos públicos. Competencia de los ayuntamientos para regular el uso de caminos con ámbito extramunicipal (FJ 2)

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Empadronamiento. Acreditación de la residencia habitual en el territorio nacional español mediante documentos de carácter público. Tutela judicial efectiva y derecho a la prueba

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Santander y la Administración General del Estado formularon un recurso de apelación contra la resolución de un juzgado de lo contencioso-administrativo de Santander por la que, en el marco de un proceso de regularización excepcional, se declaraba el derecho al empadronamiento de un extranjero. El tribunal de instancia consideró que el anexo II de la Orden 140/2005, de 2 de febrero, que abordaba las normas procedimentales conforme a las cuales debía llevarse a cabo el proceso de regularización excepcional de extranjeros contemplado por el Real decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.2) y su corolario directo, el derecho a la prueba, al haber sido acotados los documentos que los extranjeros podían aportar en orden a acreditar su residencia en España con anterioridad al día 8 de agosto de 2004, lo que, a su juicio, constituía una indebida limitación de los medios de prueba que el interesado podía esgrimir en el seno de un procedimiento administrativo a efectos de probar el hecho que la Administración exigía y al que anudaba la obtención de un determinado efecto, en ese caso, poderse acoger al procedimiento de normalización, con la consiguiente obtención de permiso de residencia y trabajo en nuestro país.

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal se refirió al alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, advirtiendo que:

“sólo si estamos en presencia de actuaciones administrativas de carácter sancionador podrá ser invocado el artículo 24 de la CE de tal forma que, fuera de estos supuestos, la eventual indefensión que haya podido originarse integrará un vicio de legalidad ordinaria –no revisable a través de este cauce procesal especial y sumario– sin relevancia constitucional.” (FJ 4)

Partiendo de ello, el Tribunal advirtió que:

“la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y consiguiente denegación de alguno o algunos medios de prueba propuestos por el interesado sólo puede ser invocada cuando la misma se ha producido en el ámbito del proceso ante los Tribunales, no pudiendo por tanto apreciarse un vicio de inconstitucionalidad cuando aquélla se enmarca en el seno de un procedimiento administrativo no sancionador, como acaece en el supuesto de autos, máxime cuando no se ha imposibilitado o dificultado ese acceso a los tribunales, como lo demuestra la existencia de este recurso jurisdiccional.” (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal indicó que:

“las resoluciones administrativas que pudieran haber generado indefensión al administrado por la inadmisión de determinados medios de prueba son susceptibles de control en el seno del proceso ante los tribunales, donde ya desde la perspectiva de la legalidad ordinaria se analizará si fue indebidamente admitida la prueba o pruebas solicitadas, pudiendo ya el interesado esgrimir en plenitud los medios de ataque y defensa que estime necesarios y sean admitidos por el Tribunal, materializándose de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva y uno de sus corolarios: el derecho a la prueba.” (FJ 6)

Partiendo de lo anterior, el Tribunal analizó si la limitación de los documentos a aportar para acreditar la residencia en las fechas exigidas por la Resolución de 14 de abril de 2005, cuya aplicación en vía administrativa había provocado la denegación municipal de la solicitud de una inscripción patronal se podía extender al ámbito jurisdiccional y, en consecuencia, si la inadmisión por los tribunales de aquellos que no se contemplaban

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 95/2006

RESOLUCIÓN: 622/2006

FECHA: 27 de octubre de 2006

PONENTE: Ilma. Sra. María Josefa Artaza Bilbao

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Santander

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.2 de la CE, y anexo II de la Orden 140/2005, de 2 de febrero, por la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en la disposición transitoria tercera del Real decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

DOCTRINA: Empadronamiento. Acreditación de la residencia habitual en el territorio nacional español mediante documentos de carácter público. Tutela judicial efectiva y derecho a la prueba (FJ 5, 6, 10, 11, 13, 14 y 15)

en el apartado II de dicha resolución vulneraba o no el derecho a la tutela judicial efectiva y consiguiente derecho a la prueba, cuya consecuencia era facultar a los órganos judiciales para examinar uno a uno cada documento aportado por el extranjero a efectos de determinar si conforme a las reglas de la sana crítica aquéllos eran válidos, suficientes e idóneos para probar la residencia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004.

A este respecto, el Tribunal recordó que:

“La Resolución de 14 de abril de 2005 selecciona, dentro del amplio abanico de documentos que pudieran, en principio, acreditar la residencia del extranjero con anterioridad al 8 de agosto de 2004, tan sólo los señalados en el anexo II de la Resolución de 14 de abril de 2005.” (FJ 10)

Según el Tribunal, dicha norma:

“no hace sino reproducir la técnica jurídica tantas veces empleada por nuestras normas legales y reglamentarias no sólo pertenecientes al ámbito del Derecho Administrativo sino también a otros órdenes jurisdiccionales, de anudar la adquisición de un derecho al cumplimiento de determinados requisitos sin los cuales no puede reconocerse aquél.” (FJ 10)

Sentado lo anterior, el Tribunal analizó si:

“los tribunales del orden contencioso-administrativo, en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y su corolario, el derecho a la prueba, pueden admitir otros documentos distintos de los que expresamente exige la Resolución de 14 de abril de 2005.” (FJ 11)

A este respecto, el Tribunal declaró que:

“la acotación de los documentos a presentar en orden a acreditar la residencia y obtener la certificación de empadronamiento, no han sido elegidos aleatoria y arbitrariamente por el legislador sino que, por el contrario, al enumerar los mismos en el anexo II, se exige que tales documentos tengan el carácter de públicos, enumerando cuáles deben ser los mismos.” (FJ 13)

Siguiendo con los requisitos exigidos por la Resolución de 14 de abril de 2005, el Tribunal destacó que ésta:

“no sólo enumera dichos documentos sino que exige que todos ellos hayan sido emitidos o registrados por una administración pública, esto es, que se trate de documentos oficiales procedentes de aquéllas y, lógicamente estar expedidos, registrados o referidos a documentos de fecha anterior a 8 de agosto de 2004.” (FJ 13)

En este sentido, el Tribunal entendió que:

“Por lo tanto, y si bien algunos de los enumerados, por su propio carácter, deben ser emitidos necesariamente por una administración pública, como el documento de alta laboral expedido por la Seguridad Social o la tarjeta de asistencia sanitaria de un servicio público de salud, el anexo II contempla otros que pueden ser emitidos tanto por administraciones públicas como por entidades privadas, de tal manera que su aportación sólo será posible cuando los mismos hayan sido registrados por una administración pública, como acaece con la solicitud de escolarización.” (FJ 13)

Finalmente, el Tribunal advirtió que:

“dicha discriminación entre los documentos expresamente aceptados y aquellos cuya aportación no se estima susceptible de probar el hecho de la residencia no es arbitraria, ya que la restricción de aquéllos a documentos oficiales y públicos ofrece garantías de la autenticidad del documento a aportar y consiguiente virtualidad probatoria de la residencia, cerrando el

paso a la aportación de certificaciones de complacencia que pudieran proceder de particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, amén de garantizar el principio de seguridad jurídica.

“Dicha quiebra de la seguridad jurídica se produciría si, obviándose el *numerus clausus* de la Resolución de 14 de abril de 2005 en orden a la aportación de documentos, fueran los tribunales de justicia los de que de forma absolutamente casuística pudieran otorgar o no virtualidad probatoria a documentos que no reúnen los requisitos reglamentariamente exigidos.” (FJ 14)

En virtud de lo anterior, el Tribunal estimó el recurso interpuesto:

“en cuanto que el fallo estimatorio de la sentencia de instancia se sustenta en la toma en consideración, a efectos de prueba de la residencia, de diversos documentos, algunos de índole estrictamente privados, una copia de libreta de ahorro en La Caixa, un impreso relativo a una solicitud de alojamiento y una copia de un certificado médico oficial indicando que este último tiene un valor probatorio especial por el examen directo del recurrente que acredita la estancia en España en la fecha del mismo, 7 de enero de 2004, y sin embargo, la sala considera que estos no acreditan ni unos ni otros, del resto de documentación aportada en el expediente administrativo en modo alguno conforme a la legislación aplicable y antes analizada la residencia habitual y permanencia del mismo (el recurrente-apelado) en territorio nacional español.” (FJ 15)

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Ordenación de la actividad turística. Declaración de compatibilidad entre el uso residencial y el turístico. Exigencia de acreditación de la implantación de un sistema de gestión medioambiental como requisito para obtener la autorización de funcionamiento de un establecimiento turístico alojativo

SUPUESTO DE HECHO

Una agrupación de empresarios del sector turístico interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 55/2003, de 30 de abril, por el que se aprueban definitivamente las determinaciones relativas a la ordenación de la actividad turística del Plan Insular de Ordenación de Fuerteventura (PIOF), por considerar que algunos de sus preceptos vulneraban el marco legal establecido por la Ley 19/2003, de 14 de abril, por las que se aprueban las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias, y por considerar que el Cabildo Insular de Fuerteventura introdujo en la redacción de la norma cuestiones que excedían del marco de su competencia.

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias estimó parcialmente el recurso, anulando varios apartados de los artículos 74, 77 y 78 de la norma impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente consideraba que la declaración de compatibilidad entre el uso residencial y el turístico contemplada por el artículo 74 del PIOF contradecía el espíritu que presidió las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias, instrumentalizado por la directriz 12 de la Ley 19/2003.

Al respecto, en primer lugar el Tribunal recordó que:

“en caso de contradicción entre el PIOF y las Directrices prevalece estas salvo en el caso de que el PIOF fuese más restrictivo en cuyo caso se sobrepone a las Directrices solo si ellas mismas se lo permiten. En conclusión, el propio PIOF admite la primacía absoluta de las Directrices, y no sólo de sus NAD, aun en situación de derecho transitorio; y, además, no puede ser de otro modo puesto que sería totalmente un contradictorio un plan insular aprobado definitivamente apenas quin-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1968/2003

RESOLUCIÓN: 269/2006

FECHA: 26 de octubre de 2006

PONENTE: Ilma. Sra. Inmaculada Rodríguez Falcón

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Cabildo Insular de Fuerteventura
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Decreto 55/2003, de 30 de abril, por el que se aprueban definitivamente las determinaciones relativas a la ordenación de la actividad turística del Plan Insular de Ordenación de Fuerteventura (PIOF), y Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias

DOCTRINA: Ordenación de la actividad turística. Declaración de compatibilidad entre el uso residencial y el turístico. Exigencia de acreditación de la implantación de un sistema de gestión medioambiental como requisito para obtener la autorización de funcionamiento de un establecimiento turístico alojativo (FJ 3 y 5)

ce días después de las Directrices y que se contradijese con las mismas.” (FJ 2)

Dicho esto, el Tribunal se centró en el contenido y alcance de la directriz 12, señalando que ésta:

“tiene el carácter y alcance de norma directiva, esto es, según la terminología del artículo 4 del Decreto 127/2001 de 5 junio 2001 por el que se regulan las Directrices de Ordenación ‘de obligado cumplimiento por la Administración y los particulares, cuya aplicación requiere, no obstante, su desarrollo mediante instrumentos de ordenación o disposiciones administrativas’. En general, serían los planes insulares los que desarrollarían las normas directivas que se contienen en las Directrices.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal analizó el contenido de la directriz 12, declarando lo siguiente:

“La directriz afirma que cualquier planeamiento debe evitar un uso mixto residencial y turístico en las zonas turísticas, en general, y prevé la revisión de los instrumentos de planeamiento que permitan el uso mixto o indistinto en áreas consolidadas en las que el uso exista con el objetivo de especializar el uso y deslindarlos. Establece la directriz que los planeamientos en aquellos casos en que existan los dos usos en zona turística deben compatibilizarlos intentando evitar que puedan destinarse en ningún caso a explotación turística y les permite establecer límites a la oferta residencial en zonas turísticas. Por tanto, la directriz no prohíbe expresamente el uso residencial en suelo turístico sino que intenta evitarlo y en aquellos casos en que coexisten ordenarlos de tal manera que pueda especializarse el uso residencial o el turístico.” (FJ 3)

En este sentido, el Tribunal afirmó que:

“Por tanto, la directriz no sólo señala que ha de evitarse sino que en aquellos casos en que coexista el uso por así preverlo el planeamiento ha de deslindarse e intentar especializar el uso.” (FJ 3)

En el caso de áreas en las que se encontraran consolidados los dos usos, el Tribunal señaló que:

“el planeamiento tendrá entre sus objetivos deslindarlos y, en su caso, ordenar el proceso de transformación hacia la especialización. En estos casos, corresponde al planeamiento lograr una paulatina especialización del espacio, incluso de partes del mismo, excluyendo exclusivamente la posibilidad de nuevas implantaciones de ambos usos en una misma parcela, primando el mantenimiento del uso turístico alojativo sobre el residencial, sobre todo en las áreas que el planeamiento considere las más idóneas para el alojamiento turístico insular.” (FJ 3)

Por tanto, según indicó el Tribunal:

“Corresponde al planeamiento insular, a la vista de las circunstancias concretas de cada zona turística, la definición de las condiciones de compatibilidad entre ambos usos, la concreción de las tipologías edificatorias, la calidad y amplitud de la edificación residencial y el tratamiento de sus espacios libres como elementos relevantes. La consideración del espacio turístico como un espacio estratégico para la economía canaria, aconseja dar un mismo tratamiento a los diferentes usos que se desarrollen en su interior. En tal sentido, se establece igualmente la necesidad de que el uso residencial que se admita excepcionalmente dentro de las zonas turísticas, en situaciones consolidadas o en ámbitos o sectores especializados, y con la sola excepción de las eventuales viviendas sometidas a algún régimen de protección, deba cumplir los mismos estándares de densidad y calidad de la edificación turística. De esta forma, se pretende conseguir que la parte residencial del área consolidada tenga la misma calidad que la parte turística, y ambas se integren en un mismo paisaje urbano, sin disonancias.” (FJ 3)

Según el Tribunal, con las medidas indicadas:

“se pretende reducir el crecimiento de la oferta de alojamiento turístico pero, simultáneamente, utilizar el suelo ya clasificado y, de esta forma, no sólo impedir nuevas ocupaciones de suelo, sino dar vías de salida a las expectativas de aprovecha-

miento acumuladas sobre estos suelos. En las disposiciones transitorias de la Ley a la que acompañarán como anejo las presentes Directrices, se atenderá específicamente a estas situaciones.” (FJ 3)

Dicho esto, volviendo a la posible incompatibilidad del artículo 74 con la directriz 12, el Tribunal advirtió que:

“es totalmente contrario al espíritu de la directriz lo que en definitiva realiza el artículo 74 de admitir expresamente el uso mixto como posible en general sin distinguir a qué tipo de área se refiere, reservar un 25% del suelo para la edificación para residentes (estacionales-exteriores-permanentes), un 1% para trabajadores y lo único que en definitiva prohíbe es que ambos usos coexistan en una misma manzana.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Esta sala no puede declarar conforme a derecho un plan insular en el aspecto en que se limita a reconvertir plazas turísticas en residenciales, no decimos que no se pueda hacer, sino que en su caso ha de hacerse con arreglo a las Directrices cuyo objetivo en definitiva no era otro ‘que un modelo de desarrollo turístico diversificado, diferenciado, competitivo y sostenible, que cubra las necesidades actuales de los turistas y de la sociedad canaria, protegiendo y mejorando las perspectivas de futuro, y que proyecte una imagen de integración de la gestión de todos los recursos, de modo que queden cubiertas las necesidades económicas, sociales y estéticas, manteniendo al mismo tiempo la identidad cultural, el paisaje, los procesos ecológicos esenciales, la diversidad biológica y los sistemas vivos’. Por tanto, no parece que pueda ampararse en la recuperación de las afecciones al territorio reconvertir un suelo de uso turístico que no se puede construir con permitir su construcción simplemente cambiándole el uso y sin fijar cautela alguna para evitar un hipotético uso turístico fraudulento.” (FJ 3)

Por tanto, el Tribunal estimó el motivo de impugnación, anulando los apartados del artículo 74 que se oponían a la directriz 12.

En segundo lugar, el recurrente impugnaba el artículo 78, por contravenir el principio de jerarquía normativa e invadir competencias autonómicas, imponiendo una novación en el procedimiento administrativo de autorización y apertura turística. Dicho precepto exigía que los nuevos establecimientos turísticos alojativos que pretendieran crearse en Fuerteventura debían acreditar la adhesión de la empresa a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales conforme al Decreto 102/1999, de 25 de mayo, por el que se establece el procedimiento para la aplicación en la Comunidad Autónoma de Canarias del Reglamento (CEE) 1836/93 del Consejo, de 29 de junio, por el que se permite que las empresas del sector industrial, turístico y agropecuario se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales. Por tanto, con carácter previo a la autorización de funcionamiento debían de acreditar la implantación de un sistema de gestión medioambiental, solicitado el reconocimiento y obtenida la verificación y registro a través del Reglamento CEE 1836/93 aplicable o bien la adhesión al EMAS.

Al respecto, el Tribunal declaró que:

“El problema que subyace es que la adhesión al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental en la legislación comunitaria y en la autonómica es de carácter voluntario, por lo que el precepto del PLOF impugnado al exigir obligatoriamente la adhesión a los establecimientos que pretendan crearse en Fuerteventura vulnera todas aquellas normas que preveían la adhesión como voluntaria.” (FJ 5)

Por tanto, según el Tribunal:

“en este punto el artículo 78 vulnera la directriz 17.2, dado que los decretos autonómicos que establecen los procedimientos de aplicación de los reglamentos (CEE) 1836/93 y 761/2001 no impusieron la adhesión obligatoria a los sistemas de gestión

y auditoría medioambiental, en consecuencia, cuando el PIOF obliga a los establecimientos turísticos alojativos que pretenden crearse en Fuerteventura a presentar la adhesión junto con la solicitud de autorización previa los está obligando a adherirse, transformando de este modo el carácter voluntario en obligatorio.” (FJ 5)

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Medida cautelar de cierre de una emisora de televisión. Derecho de defensa. Derecho a la libertad de expresión

SUPUESTO DE HECHO

Los titulares de una emisora de televisión formularon un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del secretario general del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por la que se acordaba la iniciación de un procedimiento sancionador y se adopta la medida cautelar de cierre de la emisora. Los recurrentes alegaban, entre otros motivos, que la adopción de la medida cautelar de cierre había sido adoptada sin la preceptiva argumentación y fundamentación jurídico-material.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la adopción de medidas cautelares, el Tribunal recordó lo siguiente:

“Constituye un criterio reiterado que los requisitos a que ha de sujetarse la Administración a la hora de adoptar medidas cautelares son: a) que tengan, efectivamente carácter provisional, esto es, temporal; b) que se encaminen al aseguramiento de la eficacia de la resolución final; c) que no entrañen la causación de perjuicios de difícil o imposible reparación o violación de los derechos amparados en las leyes; d) en las medidas a adoptar en los procedimientos sancionadores, que aquéllas estén específicamente previstas en las normas que regulen los procedimientos sancionadores específicos; e) que sean proporcionadas al fin que se pretende, y f) que se adopten mediante resolución motivada.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal se centró en la exigencia de motivación de las sentencias, advirtiendo que:

“La motivación de la medida constituye, así pues, no sólo un requisito formal (exigido expresamente además por el precitado artículo 7.1 del Decreto 245/2000 y por los artículos 54.1, letra d), y 136 de la LRJ-PAC), sino un elemento estructural básico de la resolución, ineludible para valorar la justificación de la medida cautelar desde el punto de vista constitucional, pues no de otra forma es posible fiscalizar si respeta el principio de proporcionalidad, así como si confluyen motivos que justifiquen su adopción *inaudita parte* [...], si entendiéramos que es posible la vulneración del derecho de defensa en caso contrario [...]. Dicha motivación ha de versar, lógicamente, sobre la medida adoptada, siendo insuficiente la general del acto de iniciación del procedimiento, aunque ésta, en determinadas condiciones, pueda servir de complemento a aquélla. En todo caso, esta exigencia de motivación no es extraña a las condiciones generales a que debe ajustarse el deber de motivar los actos limitativos de derechos, deber destinado a la expresión de las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la decisión, facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa, operación que no puede verificarse en abstracto o de acuerdo con pautas generales, pues será en cada caso concreto donde pueda dilucidarse si, atendidas las espe-

En consecuencia, el Tribunal también estimo el motivo de impugnación indicado, anulando el precepto en lo que contradecía las normas de rango superior indicadas.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Novena. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 525/2005

RESOLUCIÓN: 1787/2006

FECHA: 17 de octubre de 2006

PONENTE: Ilmo. Sr. José Luis Quesada Varea

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Gobierno de la Comunidad de Madrid

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 7.1 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre (LCM 2000, 567), por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid, y artículos 54.1, letra d), y 136 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo (LRJ-PAC)

DOCTRINA: Medida cautelar de cierre de una emisora de televisión. Derecho de defensa. Derecho a la libertad de expresión (FJ 5)

ciales circunstancias concurrentes, se expresan las razones suficientes para venir en conocimiento de la fundamentación del acto.” (FJ 5)

Dicho lo anterior, el Tribunal se centró en el caso enjuiciado, que consideraba que no había sido debidamente motivado.

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“En el acto administrativo objeto de este recurso es palmario que la medida cautelar, pese a su gravedad, carece de toda motivación a salvo de la cita del precepto legal que la autoriza. Aunque la resolución de iniciación del procedimiento contiene una justificación general, ésta hace alusión a los requisitos legales para las emisiones de televisión local, lo que afecta esencialmente a los presupuestos jurídicos de la existencia de la infracción, pero omite la concreta razón por la que se ha acordado la cesación inmediata de la actividad. [...] No es posible inferir del expediente administrativo, ni de las alegaciones y pruebas del pleito, los motivos por los que una situación consentida durante largo tiempo hubo de ser cesada con la urgencia que refleja el expediente administrativo. Por esta razón, la hipotética finalidad perseguida con la medida de evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción no resulta con la evidencia necesaria, ya que para ello hubiera sido preciso, al menos, exteriorizar de algún modo por qué esos efectos devinieron en determinado momento intolerables y hubieron de cesarse con la

indicada premura. Este proceder de la Administración omite la práctica de un previo requerimiento de cierre, como ha sucedido en otros supuestos conocidos por el Tribunal, omisión que priva al interesado de formular alegaciones con anterioridad a la ejecución material del cese de la actividad. La carencia de motivación también imposibilita al afectado una adecuada articulación de su defensa, por lo que quizá es comprensible, aunque no por ello aceptable, su atribución a móviles discriminatorios, ilegítimos o a la imposición anticipada de la sanción que pudiera recaer en el expediente.” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“La imposibilidad de comprobar la concurrencia del requisito de la proporcionalidad de la medida preventiva a causa de la ausencia de motivación permite entender vulnerado el derecho de defensa en relación con el derecho a la libertad de información, cuya privación sin justificación aparenta ser arbitraria, sin

que el resto de los derechos constitucionales cuya infracción también se denuncia sea apreciable por idénticas razones a las indicadas respecto del acto de iniciación del procedimiento sancionador.” (FJ 5)

En virtud de lo expuesto, entre otros motivos, el Tribunal estimó parcialmente el recurso, declarando nula la medida cautelar adoptada por vulnerar el derecho fundamental de defensa en relación con el derecho a la libertad de expresión de la recurrente, confirmando el resto de la resolución recurrida.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la motivación de las medidas cautelares, ver las siguientes sentencias: STS de 18 de octubre de 1994; STS de 17 de julio de 2000 (Aranzadi 2000/6163), y STC 88/1995, de 6 de junio (Aranzadi 1995/88).

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Cambio de tarifas por el Ayuntamiento en una concesión de explotación de un parking subterráneo. Equilibrio económico financiero de las concesiones administrativas. Teoría del riesgo imprevisible

SUPUESTO DE HECHO

El adjudicatario de la concesión de explotación de un parking subterráneo formuló un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud al Ayuntamiento de Santander de restablecimiento económico-financiero de varias concesiones administrativas para la explotación de varios estacionamientos para vehículos de automóviles de uso público en el municipio. En concreto, el recurrente afirmaba que el establecimiento por el Ayuntamiento de la tarifa de media hora, después de la primera hora de aparcamiento, había provocado una ruptura del equilibrio económico-financiero de las concesiones de aparcamiento subterráneo.

El juzgado correspondiente desestimó el recurso. Formulado un recurso de apelación contra dicha resolución, éste fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó si en el supuesto estudiado procedía la compensación económica derivada del lucro cesante y daño emergente como consecuencia del establecimiento de un nuevo sistema de tarifas. A tal efecto, el Tribunal recordó lo siguiente:

“La regla general que rige la contratación administrativa de riesgo y ventura recogida en el artículo 57 del Reglamento de contratación de las corporaciones locales, así como la regla de la inalterabilidad de los contratos, artículo 51 del mismo Reglamento, ceden a las reglas excepcionales de alteración de las condiciones tenidas en cuenta al tiempo de la adjudicación de la concesión de gestión de servicios públicos, tratando de mantener el equilibrio entre la nueva situación producida y los ingresos esperados y previstos por las partes, logrando con ello una continuidad en la prestación del servicio público y dominando sobre el abandono de la misma por parte del concesionario al no poder soportar económicamente la situación.

“Se sustituye así el carácter rígido del principio *pacta sunt servanda* por el de la flexibilidad, en base al interés público mencionado, y el principio de buena fe que debe presidir las relaciones contractuales. Así lo establecen las sentencias del Tribunal Supremo [...], recogiendo la doctrina francesa de la necesidad fundamental de mantener la continuidad de la prestación del servicio público.” (FJ 7)

A continuación, siguiendo con el principio de inalterabilidad de los contratos, el Tribunal recordó que el Tribunal Supremo ha declarado que:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 229/2005

RESOLUCIÓN: 565/2006

FECHA: 6 de octubre de 2006

PONENTE: Ilma. Sra. María Josefa Artaza Bilbao

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Santander

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 57, 126.2.b), 127.2.2, 128.2.2, 129.4 y 152.3 del Decreto de 17 de junio de 1955, Reglamento de servicios de las corporaciones locales

DOCTRINA: Cambio de tarifas por el Ayuntamiento en una concesión de explotación de un parking subterráneo. Equilibrio económico financiero de las concesiones administrativas. Teoría del riesgo imprevisible (FJ 7 y 8)

“ha de ponderarse 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, existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo las excepciones admitidas que son, eso, excepciones 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 la superveniencia de hechos que alteren dicho equilibrio.” (FJ 7)

Siguiendo con lo anterior, el Tribunal matizó que:

“De todas formas, como ha señalado la jurisprudencia, el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955 [artículos 126.2.b), 127.2.2, 128.2.2 y 152.3] acoge la concepción amplia del principio de la teoría del equilibrio financiero de la concesión administrativa, comprensivo tanto del

hecho del príncipe [apartado a)], como de la teoría de la imprevisión [en el apartado b)], destacando el artículo 129.4 la naturaleza de principio excepcional reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo [...] limitando el artículo 127.2.2, a dos los supuestos en que la corporación está obligada a mantener el equilibrio financiero de la concesión, el primero cuando la corporación introduzca modificaciones en el servicio que incrementen el costo del servicio o disminuyeran la retribución, y el otro, cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinen en cualquier sentido la ruptura de la economía de la concesión." (FJ 7)

A continuación, el Tribunal advirtió 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. Subsiste igualmente la necesidad de comprobar en el caso concreto si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente, pues la empresa contrata a riesgo y ventura y debe suponerse una mediana diligencia en los cálculos económicos efectuados al acordarse el precio de la retribución. En definitiva ello forma parte de uno de los elementos de juicio de que el empresario dispone para asumir el riesgo que todo negocio comporta. 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 cir-

cunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste." (FJ 7)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso de casación, al entender que no concurrían:

"requisitos o presupuestos de hecho exigidos para la aplicación del restablecimiento del equilibrio financiero concesional, 'teoría del riesgo imprevisible', con plena vigencia del principio del riesgo y ventura que preside el principio de la contratación administrativa." (FJ 8)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En similares términos: STS de 3 de enero de 2001, y STS de 27 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/1831).

Sobre la teoría del equilibrio financiero de la concesión administrativa, ver las siguientes sentencias: STSJ de Cantabria de 20 de octubre de 1995; STS de 13 de enero de 1958; STS de 24 de noviembre de 1962; STS de 9 de octubre de 1987 (Aranzadi 1987/8326), y STS de 2 de marzo de 1999 (Aranzadi 1999/2737), entre otras.

Exigiendo 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, ver las siguientes sentencias: STS de 30 de abril del 2001 (Aranzadi 2001/4465); STS de 20 de mayo de 1999 (Aranzadi 1999/5094), y STS de 30 de abril de 1999 (Aranzadi 1999/4691).

E) Jurisdicción civil

Tribunal Supremo. Acción de cumplimiento de un contrato celebrado con la Administración, de ejecución de una interpretación artística con ocasión de unas fiestas patronales. Contratos administrativos y contratos civiles

SUPUESTO DE HECHO

Una empresa de espectáculos promovió un juicio de menor cuantía, en el ejercicio de una acción de cumplimiento contractual, reclamando el precio adeudado correspondiente a los contratos de interpretación artística celebrados con el Ayuntamiento de L'Alcúdia de Crespins durante los años 1993, 1994, 1996 y 1996, y cuya ejecución se había llevado a cabo dentro del programa de actividades de las fiestas patronales de dicha localidad. El juzgado correspondiente condenó al Ayuntamiento a pagar a la actora la cantidad reclamada de 14.151.250 ptas., más los intereses devengados, con imposición de costas a la parte demandada. El Ayuntamiento formuló un recurso de apelación, siendo éste desestimado por la Audiencia Provincial de Valladolid. Interpuesto un recurso de casación contra dicha resolución, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, con imposición de costas a la Administración recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Administración recurrente fundamentaba su recurso en el artículo 1692 de la LEC, y denunció el exceso de jurisdicción, al estimar que la competencia para conocer del juicio correspondía a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, y no a los tribunales civiles. La tesis casacional tenía como presupuesto la caracterización de los contratos objeto de autos como administrativos, de modo que las cuestiones litigiosas relativas a la interpretación, la modificación, la resolución y los efectos de los mismos debían ser resueltas por el órgano de contratación competente, cuyos acuerdos ponen fin a la vía administrativa y podían ser revisados por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha jurisdicción.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 5002/1999

RESOLUCIÓN: 18/2007

FECHA: 24 de enero de 2007

DEMANDADO: Ayuntamiento de L'Alcúdia de Crespins

PONENTE: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC); artículo 4 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, Texto articulado de la Ley de bases de contratos del Estado; artículo 5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas; artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local; artículo 5 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, de contratos de las administraciones públicas, y artículo 112 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local

DOCTRINA: Acción de cumplimiento de un contrato celebrado con la Administración, de ejecución de una interpretación artística con ocasión de unas fiestas patronales. Contratos administrativos y contratos (FJ 1)

El Tribunal analizó en primer lugar la naturaleza administrativa o privada de los contratos objeto de litigio, en la medida que ello le llevaría a la determinación de la jurisdicción competente para conocer del litigio.

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“la diferenciación entre los contratos administrativos atípicos –antes denominados especiales– y los contratos privados de las administraciones públicas ha constituido una cuestión de no fácil solución, y ha merecido un tratamiento jurisprudencial no siempre unitario en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa. Por lo general, y como elemento significativo en la caracterización contractual, se ha atendido a la existencia de una relación relevante del contrato –y siempre contemplando su prestación característica– con el desempeño de las potestades administrativas específicamente atribuidas a la administración contratante, para cuyo ejercicio sirve aquél como instrumento o medio, y siempre orientado a la satisfacción de una finalidad o un interés público, que constituye el elemento teleológico definitorio de la naturaleza administrativa del contrato, y ha servido además como elemento de modulación de su carácter. El problema se encuentra en la amplitud con que quiera verse esa relación y en el modo de entender la vinculación del contrato al desenvolvimiento regular de un servicio público [...] o al giro o tráfico específico de la Administración contratante, conceptos éstos que, a su vez, requieren la atribución de un determinado significado y de un concreto contenido.” (FJ 1)

A continuación, en relación con los contratos celebrados por entidades de la Administración local, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Estas dificultades conceptuales se aprecian claramente a la hora de precisar la naturaleza de contratos celebrados por una entidad de la Administración local con un particular, cuyo objeto es la ejecución de una interpretación artística en el marco y en el desarrollo de un programa de festejos populares, del mismo signo, por tanto, que los contratos cuyo cumplimiento se pretende en el proceso del que trae causa este recurso. Las dudas surgen desde el mismo momento en que la legislación reguladora de la actuación de la correspondiente Administración confiere a ésta, como sucede en la normativa del régimen local, potestades en orden a la promoción de la cultura, el deporte, la ocupación del ocio o el turismo (*vid.* artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local), en cuyo ámbito es posible, al menos en términos hipotéticos, situar los contratos con el referido objeto.” (FJ 1)

Por su parte, el Tribunal recordó que éste en otras ocasiones se ha pronunciado acerca de la eficacia de contratos con cierta identidad de razón con los que eran objeto de recurso. Sobre este punto, el Tribunal reiteró lo declarado en otra ocasión:

“Para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando haya sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en la acepción más amplia, para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia, y por lo mismo, correspondiente a sus funciones peculiares, sentido lato que igualmente inspira el artículo 4 de la Ley de contratos del Estado, modificado en parte por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, cuya regla 2 comprende la actuación típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su cometido funcional, a lo que debe añadirse el principio de autointegración del ordenamiento administrativo, al disponer el precepto que en

caso de silencio contractual o legal serán la propia Ley y los principios generales inspiradores los que han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la regulación *ius privativista*. A la vista de tales criterios, la sala calificó de administrativo el contrato de cuya eficacia se trataba, y declaró la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer del litigio.” (FJ 1)

Sin embargo, a continuación el Tribunal advirtió que la resolución del recurso, centrado en el posible exceso de la jurisdicción civil:

“no ha de hacerse a espaldas de una interpretación sociológica, e incluso teleológica, de las normas, en función de su ratio y finalidad, sino conforme a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas –artículo 3.1 del Código Civil–. Este análisis permite, sin desdeñar la doctrina jurisprudencial anterior, cuyos criterios generales se mantienen, determinar la naturaleza del contrato, primero, y la jurisdicción competente para conocer de los litigios sobre su eficacia y cumplimiento, después, considerando el contenido actual de los elementos definitorios o moduladores de la naturaleza contractual, para lo que el examen de la evolución legislativa constituye un útil instrumento, erigiéndose el vigente régimen de la contratación de las administraciones públicas en obligado referente hermenéutico a la hora de caracterizar la relación contractual, como expresión de la realidad social actual.” (FJ 1)

Con respecto a la evolución de la normativa de contratos, el Tribunal indicó lo siguiente:

“La visión de la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos pone de manifiesto la voluntad del legislador de aquilatar su ámbito, en función de la directa vinculación de su objeto con la satisfacción del interés público, al que están ordenadas las potestades administrativas, y que son las que revisten de *imperium* la actuación de la Administración y justifican las facultades –interpretativas y modificativas– de que disfruta en las relaciones contractuales. Así, se aprecia que se ha pasado del desenvolvimiento regular de un servicio público o de la presencia de características intrínsecas que hagan necesaria la especial tutela del interés público en la ejecución del contrato –artículos 112 del Texto refundido de las disposiciones en materia de régimen local, y 4 de la Ley de contratos del Estado–, a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, y a la directa o inmediata satisfacción de una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, como elementos definitorios de la naturaleza administrativa del contrato que, si bien no son expresión por sí mismos de una reducción conceptual, sí permiten apreciar, sin embargo, un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio del servicio público, y así como de consideración de la vinculación a la satisfacción de un interés general, para atender al específico ámbito de actuación y de competencias de la Administración contratante y para exigir una más directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o la finalidad pública. Esta tendencia tiene su reflejo después, a la hora de enumerar los contratos que, por razón de su objeto, quedaban exceptuados del carácter administrativo atípico o especial, y que, de forma paralela, se enumeraban –sin carácter exhaustivo– como contratos privados de la Administración –apartados segundo y tercero del artículo 5 de la Ley de contratos de las administraciones públicas y del Texto refundido–, en donde se observa que entre aquellas excepciones, y en esta enumeración, se sitúan los contratos que, de los comprendidos en la categoría 26 del artículo 206 de la Ley –de idéntica redacción en la Ley 13/1995 y en el Texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 2/2000–, tienen por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, respecto de los cuales no cabe abrigar duda alguna, ya desde la anterior Ley de contratos de las administraciones públicas, de su naturaleza privada.” (FJ 1)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“La conclusión de todo cuanto se ha expuesto no puede ser otra que la de considerar que los contratos, cuyo cumplimiento se pretende mediante este proceso, revisten carácter privado, y se hallan sólo sometidos a la legislación administrativa en todo cuanto afecta a los actos tradicionalmente considerados separables –los relativos a la formación de la voluntad de la Administración, a su preparación y adjudicación–, en tanto que en cuanto a sus efectos y extinción se someten a las normas de Derecho privado, correspondiendo, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos, como aquí, al cumplimiento contractual, según se desprende de lo establecido en la regulación sobre los

contratos de las administraciones públicas, [...] en relación con lo dispuesto en el artículo 3.b) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 28 de diciembre de 1956, y, en la actualidad, con en el artículo 2.b) de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, sobre la misma materia.” (FJ 1)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la calificación como administrativo de un contrato celebrado con la Administración, ver las siguientes sentencias: STS de 17 julio de 1999 (Aranzadi 1999/5958); STS de 23 de febrero de 1995 (Aranzadi 1995/1280); STS de 27 de enero de 1992 (Aranzadi 1992/636); STS de 18 de diciembre de 1995 (Aranzadi 1995/9408), y STS de 18 de septiembre de 1990 (Aranzadi 1990/7119).

Tribunal Supremo. Indemnización por el derrumbamiento de un campanario. Responsabilidad por ruina. Indemnización por daños morales

SUPUESTO DE HECHO

Varios particulares formularon una demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra la parroquia de la iglesia de San Miguel Arcángel, el Arzobispado de Valencia, el Ayuntamiento de Murla (Alicante) y la Diputación Provincial de Alicante, solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase que solidariamente los demandados estaban obligados a satisfacer el pago de las indemnizaciones de daños y perjuicios a los actores por el derrumbamiento del campanario de la iglesia de Murla. En su defecto, se solicitaba que se declarara quiénes de los demandados estaban obligados y tenían la responsabilidad de pagar y en qué porcentaje las indemnizaciones de los daños producidos por el derrumbamiento. El caso tenía su origen en la conducta no diligente en la conservación y cuidado del edificio sede de una parroquia cuyo campanario se desplomó ocasionando la muerte de dos personas y daños en las cosas y edificios. El juzgado de primera instancia competente estimó la excepción de falta de jurisprudencia alegada por la representación de la codemandada Diputación Provincial de Alicante en las presentes actuaciones, y la absolvió en la instancia sin entrar a conocer del fondo del asunto.

Formulado un recurso de apelación contra dicha resolución, éste fue estimado por la Audiencia Provincial de Alicante, desestimando la excepción de falta de jurisdicción, y estimando en parte la inicial demandada, condenó solidariamente a los demandados parroquia de la iglesia de San Miguel Arcángel de Murla, Arzobispado de Valencia y Ayuntamiento de Murla a que satisficieran a J y a M la suma de 1.843.762 pesetas, a I la suma de 5.233.657 de pesetas y a MV, PM, F, D, MT, E y P la suma a cada uno de ellos de 727.525 pesetas, condenándose asimismo a la parroquia y al Arzobispado de Valencia a que solidariamente satisficieran a R la suma de 727.524 pesetas. La Diputación Provincial de Alicante fue absuelta de los pedimentos de la demanda.

Los recurrentes formularon un recurso de casación contra dicha resolución. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, con condena en costas a los recurrentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los recurrentes alegaban, entre otros motivos, la falta de motivación de la sentencia al resolver sobre la indemnización derivada del fallecimiento de los familiares de algunos de ellos. A este respecto, el Tribunal se refirió a la cuantía por indemnización por daños morales, declarando lo siguiente:

“la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales, como es la que se impugna en el recurso, debe ser

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de casación

RESOLUCIÓN: 1303/2006

FECHA: 7 de diciembre de 2006

DEMANDADO: Ayuntamiento de Murla y Diputación Provincial de Alicante

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)

PONENTE: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana

DOCTRINA: Indemnización por el derrumbamiento de un campanario. Responsabilidad por ruina. Indemnización por daños morales (FJ 4)

objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño esencialmente consiste. En efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes.” (FJ 4)

Dicho esto, y en relación con el caso impugnado, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Y es lo cierto que el motivo se argumenta sobre la base de una crítica a la valoración probatoria del tribunal de instancia (‘claro error en la valoración de la prueba’, se dice), y, además, sin tomar en consideración los términos en los que la sentencia se pronuncia sobre la indemnización, conforme a la cual ningún perjuicio económico para dichos actores y como dimanante de tales fallecimientos se ha justificado, dado que como es obvio ninguno de ellos tenía relación de dependencia económica con las fallecidas, ni consta que con ellas compartiesen intereses económicos que se hubieran visto afectados por sus óbitos, la indemnización solo cabe entender persiga la finalidad de compensar en la medida en que ello pueda ser posible, el vacío afectivo creado. Dado que el parentesco que les unía no era próximo, que tampoco consta que con ellas conviviese ninguno de

los dichos actores/as, entiende esta sala prudencialmente que debe de fijarse tales indemnizaciones en la suma de 1.000.000 de ptas. por cada fallecimiento, sumas que compartirán por partes iguales y según postulan dichos demandantes.” (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, entre otros motivos, el Tribunal desestimó el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

Tribunal Supremo. Solicitud de la demolición de una edificación. Relaciones de vecindad. Distancia entre construcciones. Competencia de la jurisdicción civil

SUPUESTO DE HECHO

La Sra. E promovió una demanda contra los propietarios de un edificio, solicitando que éstos fueran condenados a su demolición. El juzgado de primera instancia correspondiente absolvió a los demandados, por corresponder la sustanciación y enjuiciamiento del litigio a la jurisdicción contencioso-administrativa. La demandante formuló un recurso de apelación contra dicha resolución. La Audiencia Provincial de A Coruña estimó en parte el recurso, revocando la sentencia impugnada y en su lugar, entrando a resolver el fondo del asunto, condenando a los demandados a demoler parte de la edificación efectuada, de manera que entre dicha edificación y el límite de la propiedad de los actores existiera una distancia mínima de tres metros, demoliendo también la edificación en la parte que lindaba con un camino, de forma tal que entre aquella y el eje de dicho camino hubiera una distancia de seis metros. Los demandados formularon un recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo, con imposición de costas a los recurrentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurso de casación se sustentaba en la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer y resolver la demanda, así como de los preceptos y jurisprudencia en coherencia infringidos, al proponerse la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A este respecto, el Tribunal declaró que:

“No se está pues tanto ante un supuesto de actuación amparada por una actuación o acuerdo administrativa, que se pretenda combatir, como tampoco a revisar acto administrativo alguno [...], pues más bien, y al contrario, se trata de un hacer que cabe encuadrar en vías de hecho, en el que no se respetaron las limitaciones urbanísticas, generándose conflicto entre particulares y no precisamente frente a la Administración (artículos 1 y 3 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa aplicable de 27 de diciembre de 1956). Tampoco se discutió la legalidad de la licencia concedida, y lo que sucedió es que no se acató en los términos de las distancias fijadas, ocasionando perjuicios a la parte demandante, al tener que soportar una edificación próxima que no procedía y se presenta abusiva, no haciéndose preciso que los edificios se hallen contiguos o ‘pegados’, ya que basta que estén ‘cerca’, es decir, que la nueva edificación debe haberse levantado dentro de la distancia reglamentaria de obligado cumplimiento, tratándose de efectiva limitación que actúa como distancia de seguridad para prevenir los riesgos de inmisiones, tanto perjudiciales como molestas, en las fincas colindantes, que son las realmente protegidas.” (FJ 1)

A continuación, el Tribunal declaró lo siguiente:

“La incursión referencia de disposiciones de naturaleza administrativa en el ordenamiento vecinal, no desnaturaliza los derechos subjetivos que pudieran resultar afectados y encuentran protección en el Código Civil [...], y de este modo el artículo 305 de la Ley de 26 de junio de 1992, sobre el régimen del

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la indemnización por daño moral, ver las siguientes sentencias: STS de 25 de junio de 1984 (Aranzadi 1984/1145); STS de 28 de abril de 2005 (Aranzadi 2005/3944), y STS de 10 de febrero de 2006 (Aranzadi 2006/674), entre otras.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de casación

RESOLUCIÓN: 1245/2006

FECHA: 30 de noviembre de 2006

DEMANDADO: Particular

PONENTE: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 305 del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, del Texto refundido de la Ley del suelo

DOCTRINA: Solicitud de la demolición de una edificación. Relaciones de vecindad. Distancia entre construcciones. Competencia de la jurisdicción civil (FJ 1)

suelo, autoriza a los propietarios y titulares de derechos reales a promover ante los tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, tratándose de un precepto de aplicación plena, conforme a la disposición final única de dicha Ley y que resulta acomodada al presente caso, conforme a lo que queda estudiado, pues no puede mantenerse como una norma teórica, inoperante e inútil, cuando se dan los supuestos que perfectamente permiten que deba de ser tenida en cuenta.” (FJ 1)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso de casación, con imposición de costas a los recurrentes.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la competencia de la jurisdicción civil en el caso de aplicación de disposiciones de naturaleza administrativa, ver la siguiente sentencia: STS 16 de enero de 1989 (Aranzadi 1989/101).

Tribunal Supremo. Ruidos y vibraciones causados por explosiones y voladuras en cantera. Respeto del domicilio y de la vida privada y familiar

SUPUESTO DE HECHO

Varios particulares formularon una demanda contra los propietarios de una cantera, solicitando que la misma adoptara las medidas de seguridad necesarias y pertinentes, tendentes a evitar cualquier riesgo, molestia y daño en las personas y bienes ocasionados por la explotación de la misma, solicitando una indemnización por los daños morales sufridos, en 1.500.000 pesetas a cada uno de ellos y, desde la interposición de la demanda, se les abonara a cada uno de ellos una cantidad mensual de 50.000 pesetas hasta tanto no cesara la injerencia que constituía el objeto del litigio. Asimismo, se solicitaba que se indemnizara a F en la cantidad de 885.060 pesetas, por las secuelas ocasionadas por las circunstancias en las que vivía; a M en la cantidad de 56.966 pesetas por la rotura de la ventanilla delantera del lateral izquierdo de su vehículo, producido por el impacto de una proyección pétreo originada por la voladura; y que se procediera a indemnizar al valor de la depreciación sufrida por sus viviendas y parcelas. El juzgado de primera instancia correspondiente estimó la sentencia, condenando a la empresa demandada a indemnizar por daños morales a los actores en la suma de un millón de pesetas (1.000.000 de pesetas) a cada uno de ellos y a indemnizar a F, en ochocientas ochenta y cinco mil pesetas (885.000 pesetas) por las secuelas ocasionadas, desestimando el resto de pretensiones actuadas y absolviendo a los demandados.

La demandada formuló recurso de apelación, siendo éste estimado por la Audiencia Provincial de Almería, que revocó la resolución impugnada. Formulado recurso de casación contra dicha resolución, este fue desestimado por el Tribunal Supremo, con imposición de costas a la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Entre otros motivos, los recurrentes invocaban la vulneración del artículo 18.1 de la CE, por el efecto de que, según acusa, la sentencia de instancia no había valorado que la actividad desarrollada en la cantera merecía la consideración de molesta, "lo

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de casación

RESOLUCIÓN: 1131/2006

FECHA: 17 de noviembre de 2006

DEMANDADO: Particular

PONENTE: Excmo. Sr. Román García Varela

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 18.1 de la CE

DOCTRINA: Ruidos y vibraciones causados por explosiones y voladuras en cantera. Respeto del domicilio y de la vida privada y familiar (FJ 9)

que perturba a los recurrentes al soportar unas inmisiones medioambientales en la esfera de su privacidad, que afectan al bienestar de las personas e implican lesión del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar".

El Tribunal desestimó dicho motivo de casación, aduciendo que "el Tribunal Constitucional ha perfilado una noción del domicilio de la persona física cuya nota esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, concretamente el desarrollo de la vida privada", si bien entendió que "en el supuesto que nos ocupa no ha sido demostrada la realidad de los trastornos alegados por la parte recurrente" (FJ 9).

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso, con imposición de costas al recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la noción de domicilio, ver las siguientes sentencias: STC 94/1999, de 31 de mayo (Aranzadi 2000/94), y STC 283/2000, de 27 de noviembre (Aranzadi 2000/283).

Tribunal Supremo. Acción reivindicatoria. Registro de la Propiedad. Inmatriculación a favor de la Iglesia católica

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Alzira formuló una demanda contra el Arzobispado de Valencia, solicitando que se declarara la propiedad del Ayuntamiento sobre una ermita santuario y la cancelación de la inscripción a favor del demandado. El juzgado de primera instancia correspondiente estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso de apelación formulado contra dicha resolución, que fue revocada. Formulado un recurso de casación, éste fue desestimado por el Tribunal Supremo, con imposición de costas a la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Entre otros motivos, el recurrente cuestionaba la constitucionalidad del artículo 206 de la Ley hipotecaria, con cuya base normativa la Iglesia había podido inscribir el dominio sobre el terreno en el que se levantaba la ermita santuario en el Registro de la Propiedad. El Tribunal desestimó dicho motivo de casación, declarando lo siguiente:

"No se estima inconstitucional este precepto ni procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, porque el Ayuntamiento demandante, recurrente en casación, no puede alegar discrimi-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de casación

RESOLUCIÓN: 1176/2006

FECHA: 16 de noviembre de 2007

DEMANDANTE: Ayuntamiento de Alzira

PONENTE: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 206 del Decreto de 8 de febrero de 1946, Ley hipotecaria; artículo 144 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y artículo 6.3 del Código Civil

DOCTRINA: Acción reivindicatoria. Registro de la Propiedad. Inmatriculación a favor de la Iglesia católica (FJ 3 y 4)

nación ni atentado al principio de igualdad, siendo así que también el mismo goza de idéntica atribución, ni puede como tal mantener el principio de igualdad respecto a otras iglesias, ni, por último, puede obviarse que el párrafo segundo de aquella norma ha sido introducido por el artículo 144 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, sin que se haya cuestionado nunca la posible inconstitucionalidad de todo el precepto." (FJ 3)

Por su parte, el Tribunal aclaró que:

"la alegada inconstitucionalidad tampoco afectaría a una situación jurídica ya consolidada, ya que en el presente caso la inscripción se ha producido tiempo ha." (FJ 3)

En segundo lugar, el recurrente cuestionaba la validez de la certificación que, al amparo del artículo 206 de la Ley hipotecaria, había dado lugar a la inscripción del dominio de la ermita a favor del Arzobispado, invocándose la infracción del artículo 6.3 del Código Civil, que establece la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, en relación con la exigencia que impone el artículo 206 de la Ley hipotecaria de que la certificación la libre el funcionario a cuyo cargo esté la admi-

nistración de los bienes que se inscriben, y el artículo 304 del Reglamento hipotecario que aclara que tratándose de bienes de la Iglesia, las certificaciones serán expedidas por los diocesanos respectivos.

El Tribunal también desestimó dicho motivo de casación, alegando lo siguiente:

"En el caso presente, la certificación fue librada por el canceller-secretario de la diócesis, que carece de la facultad de administración y tiene en exclusiva la de expedir certificaciones, conforme a su legislación propia (Código de Derecho Canónico, cánones 482.1 y 484.3) que es la aplicable como regulación interna de la Iglesia católica, conforme al artículo 1.4 que le reconoce la personalidad jurídica civil y plena capacidad de obrar, del Acuerdo sobre asuntos jurídicos suscrito por la Iglesia y el Estado de fecha 3 de enero de 1979. Tratado internacional integrante del ordenamiento jurídico español conforme al artículo 96 de la Constitución española." (FJ 4)

Por lo expuesto, entre otros motivos, el Tribunal desestimó el recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente.

Audiencia Provincial de las Islas Baleares. Ruido procedente de un establecimiento de ocio. Tutela civil frente al ruido. Competencia de la jurisdicción civil. Determinación de la existencia de inmisiones sonoras

SUPUESTO DE HECHO

La propietaria de una vivienda ejerció una acción de cesación e indemnizatoria por las emisiones procedentes de la bolera y la puerta del almacén del edificio donde ésta residía. El juzgado de primera instancia correspondiente desestimó el recurso, absolviendo a la empresa demandada. Formulado un recurso de apelación contra dicha resolución, éste fue estimado por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la cuestión planteada, el Tribunal recordó que:

"La jurisprudencia ha declarado con reiteración que, frente a las inmisiones dañosas o molestas derivadas del ruido, los vecinos perjudicados por ellas están asistidos de la acción civil para instar ante los tribunales de este orden jurisdiccional el cese de la actividad que las ocasiona y el resarcimiento de daños y perjuicios." (FJ 2)

A continuación, el Tribunal se refirió al alcance de la jurisdicción civil con respecto a la protección frente al ruido, declarando lo siguiente:

"Para la tutela civil frente al ruido no es obstáculo la regulación administrativa más o menos extensa de la actividad que los origina ya que debe distinguirse entre la tutela preventiva de los intereses generales, que corresponde a la Administración, y la protección de la propiedad y los intereses privados de incuestionable carácter civil [...]. Tampoco es obstáculo para la competencia material de los órganos jurisdiccionales civiles la remisión que las normas civiles de vecindad puedan hacer a disposiciones administrativas porque la heterointegración de aquéllas no sustrae al Derecho Civil las relaciones que disciplinan, ni traslada sin más el conocimiento y resolución de sus conflictos a la Administración y a su jurisdicción revisora. Tampoco impide la intervención de la jurisdicción civil el ejercicio de la actividad emisora con la preceptiva licencia administrativa, dado que las relaciones entre Administración concedente y el sujeto a quien se refiere son neutras respecto de los derechos privados de terceros, de manera que la actividad emprendida con la oportuna licencia puede ser impedida por los tribunales del orden civil a instancias de los particulares cuyos

ÓRGANO: Audiencia Provincial de las Islas Baleares. Sección Tercera. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 433/2006

RESOLUCIÓN: 471/2006

FECHA: 31 de octubre de 2006

DEMANDADO: Particular

PONENTE: Ilmo. Sr. Carlos Gómez Martínez

NORMATIVA APLICABLE: Artículos 590 y 1908 del Código Civil

DOCTRINA: Ruido procedente de un establecimiento de ocio. Tutela civil frente al ruido. Competencia de la jurisdicción civil. Determinación de la existencia de inmisiones sonoras (FJ 2, 5, 6 y 7)

derechos sean lesionados por aquélla [...]. Finalmente, el Tribunal Supremo ha mantenido en numerosas sentencias [...] que el desarrollo de la actividad con observancia de las normas y medidas administrativamente requeridas para su ejercicio no impide el ejercicio de acciones civiles de cesación si se lesionan derechos subjetivos, ni altera el régimen de responsabilidad civil cuando las medidas reglamentarias se revelan insuficientes para evitar la producción de daños." (FJ 2)

Dicho lo anterior, el Tribunal se refirió a la consideración del ruido como inmisión por el Derecho Civil, declarando lo siguiente:

"El ruido aparece explícitamente citado como inmisión en el Código Civil italiano (artículo 844.1), portugués (artículo 1346), austriaco (artículo 684 del ABGB) y alemán (párrafo 906.1 del BGB). El Código Civil español, como el francés, no contiene una norma general rectora de las relaciones de vecindad, ni una disciplina general de las inmisiones en propiedad ajena. El artículo 590 se limita a exigir la adopción de medidas de precaución para la construcción de determinadas obras y el artículo 1908.2 y 4 declara la responsabilidad civil por humos excesivos nocivos a las personas

o a las propiedades y por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes. Ni uno ni otro artículo utiliza el término inmisión, pero dichos preceptos están contemplando dos formas distintas de protección jurídica –preventiva y resarcitoria– frente a inmisiones procedentes de la finca ajena. El artículo 1908 no cita el ruido, pero éste es un efecto derivado del funcionamiento de la ‘fragua’ a la que sí se refiere el artículo 590 del Código Civil. En cualquier caso, una interpretación de los mencionados preceptos acorde con la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil) y una aplicación analógica de los mismos (artículo 4.1 del mismo cuerpo legal) llevan a entender la emisión de ruidos como supuesto de hecho subsumible en tales normas.” (FJ 2)

Por tanto, según indicó el Tribunal:

“el ruido merece en la actualidad la consideración de inmisión, en sentido técnico-jurídico del vocablo, esto es, de una injerencia de carácter indirecto, material y positivo en la propiedad ajena. Se trata de un fenómeno incorporal, generado por la actividad humana, susceptible de propagación por medios naturales y de penetración en el ámbito espacial de otra propiedad, con efectos negativos para la salud física y síquica de las personas y para los bienes.” (FJ 2)

En cuanto a la práctica de la prueba, el Tribunal indicó que:

“la corrección de la utilización de una u otra metodología demostraría la adecuación de la medición a las prescripciones administrativas, lo que resulta relevante para determinar si, desde el punto de vista administrativo, existe o no contaminación acústica por la actividad desarrollada en la bolera.”

Sin embargo, dicho esto, el Tribunal aclaró que:

“en el ámbito civil son otros los parámetros que deben ser utilizados para determinar si se da o no una inmisión por ruidos. De hecho, [el] Tribunal Supremo entiende que existe inmisión por ruidos aún a pesar de no haberse practicado la prueba sonométrica.” (FJ 5)

En este sentido, el Tribunal indicó que:

“Desde el punto de vista civil lo que procede es determinar si ha sido probado o no que la actora sufre en su vivienda un determinado nivel de ruidos y si tiene o no la obligación de tolerarlos.” (FJ 5)

Con respecto a lo declarado probado, el Tribunal destacó que:

“el perito de la demandante afirmó categóricamente en juicio, no sólo que desde la vivienda de la actora se oye la bolera sino que, además, señaló que el ruido proveniente de la bolera en período nocturno es de un nivel tal que no permite la conciliación del sueño.

“El perito judicial al ser preguntado por el letrado de la actora en el acto del juicio indicó que en la vivienda de la actora se oye la bolera, aunque se abstuvo de manifestar si a su juicio el ruido era molesto o no.” (FJ 5)

De lo anterior, el Tribunal consideró que:

“se deduce que el ruido procedente de la bolera constituye una inmisión sonora molesta [...].

“Esta conclusión no puede quedar desvirtuada por el hecho, puesto de manifiesto por el perito judicial, de que la vivienda de la actora no está debidamente insonorizada. Son quienes instalan un negocio productor de ruidos quienes, en caso de una eventual respuesta insuficiente del edificio a este efecto perturbador generado por la actividad, están obligados a incrementar las medidas de insonorización para compensar este déficit. Máxime si, como ocurre en el caso de autos, la empresa propietaria de la bolera lo era del edificio y fue la que vendió a la actora su vivienda.” (FJ 5)

Constatado el hecho que en la vivienda de la actora se oía ruido procedente de la actividad desarrollada por la demanda, el Tribunal analizó si la demandante tenía derecho a hacerla cesar o, por el contrario, debe tolerarla por exigirlo así un parámetro de sensibilidad media.

Sobre esta cuestión, el Tribunal recordó que en un caso de molestias por ruido éste había declarado que:

“en la declaración judicial de una actividad como molesta ha de tenerse presente si excede o perturba el estado de hecho que es usual y corriente en las relaciones sociales, sin que deban influir circunstancias personales de los afectados.” (FJ 6)

A continuación, el Tribunal indicó que:

“según el perito judicial la inmisión se produce en una zona residencial [...], y no parece adecuarse a un criterio de normalidad que una persona deba tolerar en su vivienda el ruido de la caída de bolos fuente sonora que, por su propia naturaleza, es especialmente molesta, máxime si, como antes se ha dicho, se entiende probado que los niveles de ruido procedentes de esta fuente sobrepasan los máximos autorizados en la ordenanza municipal.” (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal concluyó que:

“la inmisión sonora de autos constituye una injerencia perturbadora o molesta merecedora de protección civil tendente a que en el local de la demanda se realicen los trabajos de insonorización necesarios para evitar que el sonido de la bolera alcance la vivienda de la actora.” (FJ 6)

En cuanto al alcance de la indemnización, el Tribunal entendió que había que rebajar a la mitad la cantidad reclamada por la demandante (4.000 euros), por cuanto:

“a) La indemnización hacía referencia a dos fuentes sonoras, la bolera y la puerta del almacén, habiendo quedado acreditado en autos que esta última ya no produce ruido.

“b) La actora reconoció al ser interrogada que solamente utiliza la vivienda cinco meses al año.” (FJ 7)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la tutela civil frente al ruido, ver las siguientes sentencias: STS de 12 de diciembre de 1980 (Aranzadi 1980/4747), y STS de 16 de enero de 1989 (Aranzadi 1989/101).

Sobre la posibilidad de interponer acciones civiles de cesación si se lesionan derechos subjetivos cuando las medidas reglamentarias se revelan insuficientes para evitar la producción de daños, ver las siguientes sentencias: STS de 4 de marzo de 1992 (Aranzadi 1992/2163), y STS de 24 de mayo de 1993 (Aranzadi 1993/3727).

Declarando la existencia de una inmisión aun a pesar de no haberse practicado la prueba sonométrica, ver la siguiente sentencia: STS de 29 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/3041).

Sobre las circunstancias a tener en cuenta para apreciar la existencia de molestias por ruido, ver la siguiente sentencia: STS de 28 de febrero de 1964.

Audiencia Provincial de León. Responsabilidad extracontractual de la Administración. Jurisdicción competente en una reclamación conjunta a la Administración y la compañía de seguros

SUPUESTO DE HECHO

Una pasajera formuló una demanda de juicio declarativo ordinario contra la compañía ferroviaria Renfe y su aseguradora, reclamando la cantidad de 6.924,35 euros de principal, en concepto de indemnización por los daños personales (días de incapacidad y secuelas) irrogados al sufrir una caída en las escaleras mecánicas de acceso al andén de una estación. La representación de la compañía ferroviaria formuló una declinatoria de jurisdicción civil a favor de la contenciosa-administrativa, por entender que la pretensión indemnizatoria dirigida por un particular contra una administración pública venía atribuida al conocimiento de la jurisdicción especializada. El juez de primera instancia correspondiente estimó la declinatoria y declaró la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de la acción ejercitada.

La demandante formuló un recurso de apelación contra dicha resolución, instando la desestimación de la declinatoria. La Audiencia Provincial de León desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la cuestión planteada, el Tribunal recordó la polémica existente en torno a la cuestión de cuál era la jurisdicción competente cuando se trata de reclamar la responsabilidad extracontractual de una administración pública.

A este respecto, el Tribunal declaró que:

“Sin desconocer el carácter no pacífico de la cuestión y aun admitiendo que existen argumentos para atribuir al orden civil el conocimiento de la acción directa contra el asegurador ex artículo 76 de la LCS, es lo cierto que la doctrina de esta Audiencia, se ha decantado por atribuir el conocimiento de tal acción, cuando la asegurada es una administración pública, a la jurisdicción contencioso-administrativa, y ello no solamente en casos como el de autos en que se demanda conjuntamente a la entidad pública y la aseguradora sino incluso en aquellos casos en que la demanda se dirige solamente contra la aseguradora.” (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

“la responsabilidad de la aseguradora no procede desvincularse de la responsabilidad de la administración asegurada sino que la presupone; y, entender lo contrario supondría frustrar la unidad del fuero, pues, gran parte de los supuestos y generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración están amparados por pólizas de responsabilidad civil, por lo que bastaría con accionar directamente contra la aseguradora –ex artículo 76 de la LCS– para eludir el fuero unitario, lo que supondría un verdadero fraude de ley.” (FJ 3)

Siguiendo con las consecuencias de la presencia de compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, el Tribunal declaró lo siguiente:

“Y sin desconocer la polémica doctrinal que este singular y especialísimo supuesto ha originado, al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, dada su especial naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una administración pública, lo razonable, mientras la ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, no cabe (*sic*) mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica *vis atractiva* de la jurisdicción civil, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial, cuando establece: ‘Los juzgados y tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas

ÓRGANO: Audiencia Provincial de León.
Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 110/2006

RESOLUCIÓN: 55/2006

FECHA: 3 de octubre de 2006

DEMANDADO: Renfe y compañía de seguros

PONENTE: Ilmo. Sr. Luis Adolfo Mallo

NORMATIVA APLICABLE: Artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro

DOCTRINA: Responsabilidad extracontractual de la Administración. Jurisdicción competente en una reclamación conjunta a la Administración y la compañía de seguros (FJ 3, 4 y 5)

que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional’. De lo contrario, se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la contenciosa-administrativa para la Administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Por todo ello, se concluye en dicha resolución, procede declarar que la competencia para conocer de la reclamación de orden civil.” (FJ 4)

Con respecto a la normativa aplicable al caso, el Tribunal declaró lo siguiente:

“el artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial, tras la reforma operada por la Ley de 23 de diciembre de 2003, establece que los tribunales de lo contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Añade a continuación el precepto que igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

“Por consiguiente, la responsabilidad patrimonial de cualquier administración pública es materia propia de la jurisdicción contencioso-administrativa, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, de modo que, aunque se trate de actividades empresariales o de índole mercantil o privada, siendo una actividad de un ente integrado en la Administración, corresponde conocer a dicha jurisdicción especializada, pues la norma no deja resquicio alguno para otra interpretación, al indicar expresamente que así ha de ser ‘cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive’.” (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal aclaró que, si bien en anteriores ocasiones ésta había mantenido el criterio de que las reclamaciones contra Renfe por causa de daños producidos a consecuencia de la circulación correspondían a la jurisdicción civil, “ese criterio ha sido mantenido antes de las últimas reformas legales

y, en particular, antes de la última producida en 2003, tras de la cual ha de afirmarse ya, sin duda, que corresponde conocer a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo”, añadiendo que “tras la reforma de la Ley orgánica de 2003 a que se ha hecho referencia, la excepción contemplada por el auto de mención, relativa a haberse demandado a la aseguradora, no puede tener ya efecto, con lo que ha de prevalecer el criterio general fijado en el auto respecto a la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de demandas de responsabilidad patrimonial de Renfe.” (FJ 5)

F) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. Declaraciones efectuadas por un cargo político contra la actuación de un gobierno autonómico. Legitimación activa de las administraciones públicas. Delito de injurias y calumnias

SUPUESTO DE HECHO

La Comunidad de Madrid formuló una querrela contra la ministra de Sanidad y Consumo por los presuntos delitos de injurias o calumnias, tipificado de manera especial en el artículo 504 del CP o, en su defecto, con carácter general en los artículos 205, 206, 208 y 209 del CP, hecho con publicidad conforme al artículo 211 del mismo texto legal, centradas en unas declaraciones efectuadas por la ministra en distintos medios de comunicación contra el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid.

El Tribunal Supremo declaró la inadmisibilidad de la querrela por carecer el querellante de legitimación activa, tanto para el ejercicio de la acción popular como particular, y desestimó la querrela en el fondo, al no ser los hechos objeto de la misma constitutivos de delito alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal se refirió a la falta de legitimación activa de la Administración querellante. A este respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“debemos partir del delito que se le imputa a la querellada, el artículo 504 del CP, cuyo bien jurídico protegido no es el honor de una persona individual o colectiva, sino el interés público representado por el principio de autoridad, por lo que en este tipo de infracciones no es posible considerar que la Administración resulte directamente perjudicada. En definitiva, tanto para el ejercicio de la acción popular, como para el ejercicio de la acción particular, la Administración pública querellante carece de legitimación.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal analizó si los hechos eran constitutivos de delito. Sobre este punto, el Tribunal declaró que:

“Nos encontramos ante una infracción relacionada con el ejercicio de las libertades de expresión y opinión, por lo que se hace necesario analizar si la conducta de la querellada está cobijada por el ejercicio de tales libertades constitucionales o ha sobrepasado su límite. En el primer supuesto, el artículo 20.7 del CP excluye la antijuridicidad de la conducta y determina su irrelevancia penal. Merecerá reproche penal tal conducta cuando las expresiones queden fuera de los límites constitucionales establecidos y jurisprudencialmente perfiladas.” (FJ 4)

A continuación, el Tribunal declaró que:

“En esta tarea de ponderación los factores a sopesar son varios, pero en el caso que nos ocupa todos se aúnan y confluyen para determinar que las expresiones atribuidas a la querellada se enmarcan dentro del marco de la crítica política no rebasando el ámbito de esas libertades. Así, en el ámbito político en el que está situado claramente el delito que se le imputa

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el conocimiento por la jurisdicción civil sobre responsabilidad de la Administración, ver las siguientes sentencias: STS de 31 de diciembre de 1999 (Aranzadi 1999/9150); STS de 8 de mayo de 1998 (Aranzadi 1998/3708), entre otras.

En caso de acción directa contra una compañía aseguradora: AAP de 14 de abril de 2005 (Aranzadi 2005/158034); AAP de Barcelona de 26 de enero de 2005 (Aranzadi 2005/63253); SAP de León de 2 de mayo de 2000 (Aranzadi 2000/2196), y STS de 2 de diciembre de 2002 (Aranzadi 2002/10419), entre otras.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección Primera. Jurisdicción penal. Causa especial núm. 20238/2006

FECHA: 17 de noviembre de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 20.7 y 504 del Código Penal (CP)

DOCTRINA: Declaraciones efectuadas por un cargo político contra la actuación de un gobierno autonómico. Legitimación activa de las administraciones públicas. Delito de injurias y calumnias (FJ 3, 4 y 5)

del artículo 504 del CP, el ejercicio de la *exceptio veritatis* no puede tener el mismo juego cuando se trata del ejercicio de la oposición y crítica al gobierno o al partido político que le sirve de base, etc. Es muy difícil admitir en un sistema democrático que se pueda hablar de injurias al gobierno, ya sea de la nación o de la comunidad autónoma, cuando precisamente la crítica y oposición al mismo es una de las características básicas de la democracia.” (FJ 5)

Por lo expuesto, el Tribunal declaró la inadmisibilidad de la querrela, por carecer el querellante de legitimación activa, y desestimó la querrela, por no ser los hechos constitutivos de delito.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los límites de las libertades de expresión y opinión, ver las siguientes sentencias: STC 127/2004 de 19 de julio (Aranzadi 2004/127), y STC 148/2002 de 15 de julio (Aranzadi 2002/148), entre otras.

Tribunal Supremo. Transformación de suelo agrícola sin autorización. Delitos contra la ordenación del territorio. Delitos contra el medio ambiente. Concurso ideal de delitos

SUPUESTO DE HECHO

Un agricultor, dedicado al cultivo de la naranja, decidió transformar varias parcelas, y para poder hacerlo cursó autorización dirigida a la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente para lo que sería una primera fase de su proyecto transformador. Éste presentó una memoria de actuaciones sobre el cambio de aprovechamiento, refiriendo que en el lugar había una "caseta" donde se encontraba un cabezal de motor para el riego por goteo, e indicó que existía una vía pecuaria cuyo trazado se conservaría y preservaría en su legal anchura. A pesar la obligación de presentar estudio de impacto ambiental para poder obtener la correspondiente autorización, en la medida en que existía en la zona afectada una pendiente superior al quince por ciento, el propietario inició la transformación de las fincas forestales a regadío, ignorando la incoación de varios expedientes sancionadores y las sucesivas órdenes de suspensión.

La Audiencia de Castellón condenó a R como autor de un delito contra la ordenación del territorio, a las penas de seis meses de prisión, multa de dieciocho meses a razón de 20 euros e inhabilitación especial para el oficio de agricultor por seis meses y como autor de un delito contra el medio ambiente, contraviniendo las órdenes expresas de la autoridad administrativa, a las penas de cuatro años y un día de prisión, multa de veinticuatro meses y un día a razón de una cuota diaria de 20 euros e inhabilitación especial para el oficio de agricultor por tiempo de tres años.

El acusado recurrió en casación dicha resolución. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso y dictó una segunda sentencia en la que se condenaba a R como autor de un delito contra la ordenación del territorio, sin concurrir circunstancias de la responsabilidad penal y de otro delito contra el medio ambiente, contraviniendo las órdenes expresas de la autoridad administrativa, a las penas de cuatro años y un día de prisión, multa de veinticuatro meses y un día a razón de una cuota diaria de 20 euros con arresto sustitutorio en caso de impago, e inhabilitación especial para el oficio de agricultor por tiempo de tres años.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba la incorrecta aplicación del artículo 319.1 del CP a la conducta de abrir caminos, que entendía que "no es llevar a cabo una construcción".

Sin embargo, al respecto, el Tribunal declaró que:

"No tenemos la menor duda de que la actividad mediante la cual aparece esa red de caminos donde antes no existían, debe calificarse como 'construcción', por cuanto se produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada, debiéndose tener en cuenta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo 'construcción' como acción típica en el epígrafe 1 del precepto, y 'edificación' en el 2, mucho más restringido que el otro." (FJ 5)

En este sentido, a continuación el Tribunal añadió que:

"además, el acusado realizó otras actividades en lo que el Tribunal *a quo* califica de 'magna obra de transformación del suelo forestal', entre las que destacan la construcción de un almacén de 6 x 15 metros de largo y 6 de altura, así como 'una balsa de grandes dimensiones', 'una balsa grande de obra (de una profundidad de más de tres metros)', se especifica más adelante, y junto a todo ello, los grandes movimientos de tierra, desmontes, rellenos con escombros, explanaciones con maquinaria

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección Primera. Jurisdicción penal. Recurso de casación núm. 796/2006

RESOLUCIÓN: 1182/2006

FECHA: 29 de noviembre de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 325.1 y 319.1 del Código Penal (CP)

DOCTRINA: Transformación de suelo agrícola sin autorización. Delitos contra la ordenación del territorio. Delitos contra el medio ambiente. Concurso ideal de delitos (FJ 5, 6, 7 y 11)

pesada, depósito de tierra con formación de caballones y terrazas con empleo de material de escombros sustituyendo en la parte baja paredes de piedra que permitían antiguos cultivos, todo ello con técnicas genuinamente constructivas con la finalidad de transformar radicalmente el área forestal y reconvertirla en explotación agrícola." (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal desestimó dicho motivo.

En segundo lugar, se alegaba la no-concurrencia del elemento típico normativo del artículo 319.1 del CP, al aseverar que las construcciones llevadas a cabo por el acusado no lo han sido en suelo de las características exigidas por el precepto penal.

Al respecto, el Tribunal recordó que el artículo 319.1:

"requiere que la construcción no autorizada se lleve a cabo en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección." (FJ 6)

A continuación, el Tribunal destacó que había quedado probado:

"que la gran obra de transformación desarrollada por el acusado se ha llevado a cabo en un terreno que aparece en el Plan de Ordenación de Recursos Naturales de la Sierra de Espadán (D. 218/97) incluidas en la zona de amortiguación de impactos, y dentro del área de influencia antrópica, presentando matorral termófilo mediterráneo y regeneración natural con dosel arbóreo formado por *pinus halepensis* en pinedas secundarias de ejemplares dispersos con una edad de unos 30 años, estando calificada la mentada sierra como parque natural." (FJ 6)

Por tanto:

"La disposición administrativa que integra a la zona afectada en el ámbito de protección del referido parque natural supone el reconocimiento del valor ecológico de aquella —al margen del paisajístico, que también ha quedado gravemente perturbado, según señala la sentencia, recogiendo el informe del Seprona—, y así se confirma también con la exigencia legal de presentar ante la Administración autonómica un estudio de impacto medioambiental, que le fue reiteradamente requerido al acusado desde el mismo inicio de su actuación." (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal también desestimó dicho motivo.

El recurrente también alegaba infracción de ley por indebida inaplicación del artículo 131.1 del CP:

"porque la responsabilidad por el delito urbanístico debe considerarse extinguida por prescripción."

El recurrente alegaba que, reducidos los actos de construcción al almacén (que concluyó como muy tarde en abril de 1998) y a la balsa (de la que la sentencia no precisa cuándo se construyó), el plazo de prescripción de tres años correspondiente a la pena del delito finalizaría en abril de 2001, siendo así que las diligencias previas se incoaron el 6 de agosto de dicho año.

Sobre esta cuestión, el Tribunal destacó que:

“la actividad constructora del acusado no se limita al almacén y a la balsa (de la que, por cierto, si bien no se especifica la fecha de su construcción, sí se indica que fue posterior a la del almacén), sino que se extiende a la construcción de caminos cementados para el tránsito de vehículos, mediante importantes desmontes de banales mediante extracción de roca y posterior aplanamiento, así como terrazas mediante el vertido masivo de escombros que luego se compactaban, todo ello con la maquinaria correspondiente.” (FJ 7)

Dicho esto, el Tribunal declaró que:

“como razona la sentencia recurrida al abordar esta cuestión, no puede entonces pretenderse la prescripción de un hecho aislado que se integra dentro de una amplia obra constructiva y transformadora, cuando el resto o el conjunto de tal actividad supuestamente delictiva ha ido mucho más allá en el tiempo hasta quedar concluida y no presenta el menor problema prescriptivo. Se trata en definitiva de un delito permanente, con lo que en todo caso el cómputo de la obra conjunta o única se iniciará cuando acabe con su consumación, la cual, solamente si se está a lo que admite el propio acusado, se desarrolló hasta el año 1999.” (FJ 7)

En consecuencia, el motivo fue desestimado.

El recurrente también denunciaba la incorrecta aplicación del artículo 77 del CP al estimar la sentencia impugnada la existencia de un concurso ideal de delitos, cuando lo procedente era la apreciación de un concurso de normas a resolver conforme al artículo 8.4 del CP, porque la conducta enjuiciada se castigaba por el artículo 319.1 porque afecta a valores ecológicos, cuando, sin la afectación de dicho valor, la conducta no se castigaría por ese delito. Y, a la vez, de nuevo se castigaba por el artículo 325.1 del CP, y se hacía de nuevo porque se afecta ese valor medioambiental.

Sobre esta cuestión, el Tribunal recordó la doctrina y jurisprudencia relativas al concurso de leyes, indicando lo siguiente:

“el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del *non bis in idem*. Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables.

“Entre uno y otro supuestos existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del *non bis in idem*. En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.” (FJ 11)

Aplicando la doctrina indicada al caso enjuiciado, el Tribunal hizo la siguiente observación:

“es el mismo Tribunal sentenciador el que reiteradamente considera la conducta del acusado como un conjunto de actividades que integran una acción unitaria consistente en realizar ‘la gran obra transformadora’ de la zona donde se desarrollaron aquéllas. Es por ello por lo que la sentencia rechaza el concurso de normas porque son distintos los bienes jurídicos afectados, aún considerándolos ‘muy próximos’.” (FJ 11)

A continuación, el Tribunal observó que:

“si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el artículo 325 en su vertiente de proteger el equilibrio de los sistemas naturales, cuya significación ecológica no admite duda.” (FJ 11)

Por lo indicado, el Tribunal concluyó que:

“se ha producido una vulneración del principio *non bis in idem* que debe ser reparada en esa instancia, casándose la sentencia impugnada en este extremo y declarándose en la segunda que dictemos que la actuación del acusado constituye un supuesto de concurso de delitos que debe resolverse con arreglo al artículo 8.4 del CP, de manera que los hechos serán castigados con arreglo al artículo 325 por ser el tipo más grave, excluyéndose el 319, sancionado con menor pena.” (FJ 11)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia impugnada, condenando a R como autor de un delito contra la ordenación del territorio, sin concurrir circunstancias de la responsabilidad penal y de otro delito contra el medio ambiente, contraviniendo las órdenes expresas de la autoridad administrativa, a las penas de cuatro años y un día de prisión, multa de veinticuatro meses y un día a razón de una cuota diaria de 20 euros con arresto sustitutorio en caso de impago, e inhabilitación especial para el oficio de agricultor por tiempo de tres años.

Tribunal Supremo. Malversación de caudales públicos. Falsedad en documento oficial

SUPUESTO DE HECHO

Una funcionaria del Ayuntamiento de Cambrils (M), aprovechando la confianza en ella depositada, sus conocimientos en informática y contabilidad y la disponibilidad de claves reservadas que le permitían el acceso a los asientos tanto del ejercicio corriente como de otros anteriores y actuando con ánimo de lucro, se apropió de fondos públicos a través de varias operaciones en los diversos patronatos de los que manejaba en exclusiva la contabilidad, tarea que le había sido delegada por el interventor. En total, a través de tales operaciones detrajo de las arcas públicas de los patronatos la cantidad de 123.480,68 euros, de la que había que deducir las cantidades que fueron objeto de devolución por parte de los representantes de algunas empresas. El Tribunal de Cuentas dictó sentencia en marzo de 2003 en procedimiento de reintegro por alcance interpuesto contra M, estimando la demanda y determinando el importe del perjuicio causado a los caudales públicos, recurrida parcialmente en apelación por el propio Ayuntamiento.

El marido de M (R) conocía que su mujer trabajaba en el Ayuntamiento, si bien no ha quedado probado ni que colaborara ni la auxiliara en sus funciones ni tampoco que conociera la procedencia ilícita de parte de los ingresos de la unidad familiar, sin perjuicio de que ésta se beneficiara de los actos de la primera.

La Audiencia de instancia condenó a M como autora penalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos, en concurso con delito de falsedad en documento oficial, sin concurrirle circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años con los efectos que determina el artículo 41 del Código Penal, así como a que por vía de responsabilidad civil se indemnizara al Ayuntamiento de Cambrils en la cantidad de 110.393,39 euros, y abono de la mitad de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular; absolviendo a R de las responsabilidades que se le venían imputando, con todos los pronunciamientos favorables y declarando de oficio las costas causadas.

Interpuesto un recurso de apelación contra dicha resolución, éste fue desestimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Entre otros motivos, la recurrente invocaba la aplicación indebida del artículo 432 del CP. Aducía que no concurría en su persona la facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o efectos, ya que:

“por muchas posibilidades y cometidos que tuviera con relación al dinero del Ayuntamiento y de los patronatos, por muy amplias que fueran sus competencias en la llevanza de la contabilidad de éstos, sólo se refieren a funciones materiales, ninguna de ellas aptas para poder disponer de los fondos.”

Y añadía que, según señalaba el *factum*, hubo que engañar a los claveros, cuyas firmas eran imprescindibles, para poder acceder al dinero, porque ella no desempeñaba funciones que autorizaran la disposición sobre él. Por ello entendía que los hechos deberían haber sido calificados de hurto con especial gravedad y abuso de confianza y de falsedad en documento oficial por particular.

Al respecto, el Tribunal recordó lo previsto por el artículo 432, indicando que éste:

“exige tres componentes esenciales: la cualidad de funcionario en el sujeto activo conforme a los términos del artículo 24 del Código Penal (CP), que el objeto material sean caudales o efectos públicos, que se sustraigan y la relación especial entre el funcionario y los caudales: que los tenga a su cargo por razón de sus funciones.” (FJ 18)

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección Primera. Jurisdicción penal. Recurso de casación núm. 152/2006

RESOLUCIÓN: 1313/2006

FECHA: 28 de noviembre de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Siro Francisco García Pérez

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 74, 390, 432 del Código Penal (CP)

DOCTRINA: Malversación de caudales públicos. Falsedad en documento oficial (FJ 18)

Acerca del bien jurídico protegido por el tipo, el Tribunal señaló que:

“son no sólo el patrimonio público, sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de los entes públicos, la confianza del público en el manejo honesto de los caudales y la fidelidad en el servicio, de ahí que la jurisprudencia [...] reputa que la ‘disponibilidad o relación de dependencia entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el enlace jurídico del delito’.” (FJ 18)

Siguiendo con los elementos del tipo, el Tribunal señaló lo siguiente:

“Pero la jurisprudencia también señala [...] que no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales o efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al cuerpo u organismo al que pertenezcan, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que ‘concreta y efectivamente’ realizare el sujeto como integrante del órgano público; lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso o de la práctica administrativa dentro de aquella estructura’.” (FJ 18)

El Tribunal consideró que el *factum* recogía dicha situación de hecho, “aparte de lo normativamente establecido en los artículos 21.1.f) de la Ley de bases de régimen local, 41 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales y 163.1 del Real decreto legislativo 781/1986.” (FJ 18)

En consecuencia, el motivo fue desestimado. En consecuencia, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el delito de malversación de caudales públicos, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de noviembre de 2003 (Aranzadi 2003/9463), y STS de 31 de enero de 1996 (Aranzadi 1996/152).

Tribunal Supremo. Alteración de las características del terreno de un parque natural y quema del mismo con el fin de dedicarlo al cultivo de arroz. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

SUPUESTO DE HECHO

La Comunidad Valenciana aprobó la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, y en virtud de su artículo 24, del anexo I de la disposición y de la disposición adicional 3, creó y delimitó el Parque Natural del Marjal de Pego-Oliva, que afectaba a los términos municipales de Pego y Oliva. El marjal de Pego-Oliva formaba parte del índice o catálogo de las zonas Zepa desde noviembre de 1995, formando parte por ello también de la Red Natura 2000. Conforme a la Ley valenciana citada y por Orden de la Consejería de Agricultura, se inició la elaboración del Plan de Ordenación de Recursos Naturales del Parque Natural referido y el Gobierno valenciano acordó que mientras se estuviera elaborando el referido Plan de Ordenación no cabía verificar en el referido parque natural ninguna alteración de su entorno físico ni podían verificarse cultivos ni movimientos de tierras ni obras, y ello al menos con una vigencia de tres años.

Así las cosas y con fines no claramente conocidos y definidos, pero para recuperar en todo caso los cultivos de arroz y lograr mejores precios para las fincas de particulares, ya que la Generalidad Valenciana compraba terrenos en el referido parque natural, se concertaron PA, alcalde de la localidad de Pego y G, teniente de alcalde de dicho municipio, a cuyo cargo se encontraba la Concejalía de Agricultura desde la fecha anterior y presidente de la Comunidad de Regantes de las Tierras Arrozales de Pego, que eran contrarios a la existencia de tal parque natural, para realizar actuaciones en el parque a fin de cultivar arroz y otras hortalizas y frutos y modificar sus características, y para lograr todo ello, y pese a conocer el carácter de parque natural de la zona y las medidas del Gobierno valenciano de actuación en el lugar, acordaron la quema de vegetación y rebajar o disminuir el nivel del agua que conforma las zonas húmedas, así como llevar a cabo construcciones de caminos y realización de diques para facilitar el paso de vehículos. Para lograrlo y dar cierta apariencia de legalidad, por un lado, G, en su condición de presidente de la Comunidad de Regantes, animó en asambleas de la misma a los agricultores que formaban parte de ella a cultivar las tierras y al mismo tiempo logró que dicha comunidad adoptase un acuerdo, de ceder sus terrenos y obras en el marjal al Ayuntamiento de Pego, a los solos efectos de que éste se encargase de realizar una serie de obras en tal parque, mediante acuerdos municipales que se fueron adoptando desde enero de 1996 hasta abril de 1998. Acuerdos en que se aprobaban determinadas obras y que se encargaba de contratar y ejecutar el alcalde dicho y siempre con las advertencias en los expedientes de obras, por parte del secretario y del interventor del Ayuntamiento de Pego, de que para realizar tales obras en el marjal, era precisa la licencia de la Consejería de Medio Ambiente de la Generalidad Valenciana, dadas las normas sobre la prohibición de alterar las condiciones de dicho parque natural.

Sin embargo, sin obtener tales licencias de la Consejería de Medio Ambiente y con el apoyo, en todo caso y siempre, de los aludidos alcalde y teniente de alcalde y presidente de la Comunidad de Regantes, se iniciaron en el parque natural en el término municipal de Pego una serie de actuaciones y obras y movimientos de tierras por diversas empresas contratadas, haciéndose caminos nuevos, ensanchando los existentes, limpiando y ensanchando también los canales y acequias, realizando aterramientos, al tiempo que se bombeaba agua, mediante máquinas instaladas al efecto, desde los canales de las zonas húmedas a los cauces de los ríos que por allí discurren.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección Primera. Jurisdicción penal. Recurso de casación núm. 1446/2004

RESOLUCIÓN: 876/2006

FECHA: 6 de noviembre de 2006

PONENTE: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 330 del Código Penal (CP)

DOCTRINA: Alteración de las características del terreno de un parque natural y quema del mismo con el fin de dedicarlo al cultivo de arroz. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (FJ 6, 7, 15, 23, 24, 25, 39, 44 y 48)

Entre 1996 y 1997 se detectaron varios incendios, realizados de forma intencionada, de la vegetación en diversas zonas del parque natural. El resultado de dicha actuación, afectó a una extensión sobre 600 hectáreas de terreno del parque natural y supuso la muerte masiva de lisas, anguilas, carpas y black-bass, que aparecieron flotando sobre las aguas; se destruyeron importantes comunidades vegetales de las descritas y se afectó todo el entorno faunístico que tiene su medio de vida en las aguas disminuidas y en la vegetación arrasada; el descenso del nivel de las aguas ha sido importante y ello con peligro para la desecación del marjal e incluso pudiendo dar lugar a un proceso de intrusión de agua de mar que podría salinizar los acuíferos.

La audiencia de instancia condenó a PA como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, con la concurrencia de la agravante del número 7 del artículo 22 del Código Penal, de prevalimiento de carácter público, como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para cargo público electivo durante el tiempo de dicha condena y multa de veinte meses con una cuota diaria de seis euros. Asimismo, condenó a PA como autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, con la concurrencia de la agravante del número 7 del artículo 22 del Código Penal, de prevalimiento de carácter público, como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de veinticuatro meses con una cuota diaria de seis euros y, como autor responsable de un delito de atentado a funcionario público, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para cargo público electivo durante el tiempo de dicha condena. También condenó a PA al pago de las tres octavas partes de las costas causadas, incluida las de la acusación particular y con exclusión de las de la Popular Acció Ecologista Agró.

Por su parte, condenó a G como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, con la concurrencia de la agravante del número 7 del artículo 22 del Código Penal, de prevalimiento de carácter público, como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para cargo público electivo así como en la Comunidad de Regantes de las Tierras Arrozales de Pego, durante el tiempo de dicha condena y multa de veinte meses con una cuota diaria de 6 euros. También fue condenado como autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, con la concurrencia de la

agravante del número 7 del artículo 22 del Código Penal, de prevalimiento de carácter público, como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de veinticuatro meses con una cuota diaria de 6 euros; y al pago de las dos octavas partes de las costas causadas, incluida las de la Acusación Particular y con exclusión de las de la Popular Acció Ecologista Agró.

En vía de responsabilidad civil, PA y G fueron condenados a indemnizar por partes iguales y forma solidaria a la Generalidad Valenciana en un millón doscientos mil veinticuatro euros con veintíun céntimos (1.202.024,21 euros) por los daños causados en el marjal de Pego-Oliva.

Se declaró la responsabilidad civil subsidiaria de Ayuntamiento de Pego y de la Comunidad de Regantes de las Tierras Arrozales de la Villa de Pego.

Contra dicha resolución fue formulado recurso de casación. El Tribunal declaró no haber lugar al recurso, con imposición de costas a los recurrentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los recurrentes denunciaban la vulneración del principio de legalidad por indebida aplicación del artículo 330 del CP, argumentando que dicho tipo penal, como norma penal en blanco que se complementa con las normas administrativas de protección dictadas habían caducado al tiempo de la comisión de los hechos.

El Tribunal no estimó dicha pretensión, en virtud de lo siguiente:

“La consideración de parque natural y la específica protección que se otorga al marjal sobre la que ocurrieron los hechos enjuiciados no depende de la vigencia temporal de las normas administrativas dictadas, sino de la propia declaración como espacio protegido. Esa declaración ya supone una específica consideración de espacio protegido sobre el que quedan prohibidas determinadas actuaciones que dañan, o pongan en peligro, los elementos que han dado lugar a su declaración y goza de una específica protección que viene amparada por una normativa internacional, nacional y autonómica, necesariamente en la consideración de bien jurídico objeto de protección, incluso de sentido común derivado de la especial consideración del bien jurídico protegido. Como el propio recurrente expresa a lo largo de su escrito de impugnación, el concepto y el significado de lo prohibido en el tipo penal ha variado a lo largo del tiempo de manera que comportamientos de la ciudadanía considerados como normales, hoy se entienden como graves atentados al medio ambiente y su proclamación como objeto de protección obliga a cambiar determinadas conductas. Así, los bombeos de agua, los aterramientos la quema de vegetación o la construcción de diques que, en un tiempo, eran válidos para la finalidad del espacio agrícola, hoy por la declaración de parque natural modifican la finalidad del espacio y las anteriores finalidades tienen que ser ordenadas en la medida que sean compatibles.” (FJ 6)

Por su parte, el Tribunal declaró que:

“Por otra parte, la propia ley que declaró la constitución del parque, recogió en su articulado las consecuencias de la declaración mediante la elaboración de un catálogo de medidas de protección y esas medidas fueron objeto de específica regulación prorrogada en una orden de mayo de 1996, dirigidas a perpetuar la regulación del funcionamiento del parque en tanto se proceda a la elaboración del PORN. Ninguna base permite amparar la pretensión de los recurrentes para entender que la Orden del Gobierno de Valencia, prohibiendo la realización de actos que supongan una alteración física del parque, fuera una norma que desplegara su eficacia hacia el pasado, cuando el propio tenor de la Orden y la lógica de las normas administrativas, imponen su aplicación para el futuro.” (FJ 6)

En cualquier caso, indicó el Tribunal:

“la larga sucesión de hechos, desde junio de 1996 hasta noviembre de 1999, permite la aplicación de la norma, aunque se aceptara la interpretación que sugieren los recurrentes.” (FJ 6)

Por su parte, los recurrentes denunciaban la vulneración del principio de legalidad por indebida aplicación del artículo 330 del CP, aduciendo la falta de certeza de la norma administrativa, complementaria de la penal, en la medida en que al prohibir la realización de actos de transformación, no se describía con certeza el ámbito de lo prohibido.

El Tribunal también desestimó dicho motivo, declarando lo siguiente:

“Es cierto que las normas penales deben ser precisas y claras en la determinación del ámbito de lo punible, por ser una exigencia del principio de legalidad tan extensamente citado en la impugnación. En este supuesto el ámbito de lo punible aparece claramente determinado con la declaración de parque natural del marjal de Pego-Oliva, y de esa declaración surge una específica protección que tiene su desarrollo normativo en una detallada normativa internacional, nacional y autonómica, de la que los recurrentes se han hecho eco en su impugnación. La específica prohibición de verificar actos que supongan transformación del entorno físico del espacio es lo suficientemente precisa para comprender el alcance de la prohibición y, desde luego, incluye en su contenido semántico los actos realizados por los recurrentes: incendios provocados, construcción de cauces y diques, bombeo del agua, etc., que el tribunal de instancia ha declarado probados y subsumidos en el artículo 330 del Código Penal.” (FJ 7)

Los recurrentes también denunciaban la vulneración del principio de legalidad, alegando que las conductas que habían sido declaradas probadas quedaron autorizadas y despenalizadas con la promulgación del PORN en mayo de 1999. El Tribunal también desestimó dicho motivo, por cuanto:

“Las conductas que han sido objeto de la punición consisten en incendiar, bombear agua y realizar construcciones en un parque natural causando grave daños a los elementos que sirvieron de base para la declaración de parque.

“El que la norma de planeamiento autorizara la realización de determinados cultivos en 1999, cuando los hechos enjuiciados ocurren desde 1996, y en otros lugares de los finalmente autorizados, no supone una autorización retroactiva de las conductas enjuiciadas, sino una valoración de las condiciones del parque en función de los datos existentes al tiempo de su promulgación.” (FJ 15)

También se denunciaba error de derecho, por indebida aplicación del artículo 330 y de las normas administrativas que lo complementan. Los recurrentes alegaban que habían sido condenados por la realización de unas conductas dirigidas a mantener el cultivo tradicional del arroz en el marjal y esta actividad agrícola era compatible con la conservación del espacio natural. Según afirmaban, lo que la sentencia decía que eran incendios, eran quemas, lo que se denominaban obras, era conservación y mejora del marjal, y lo que se denominaban daños causados en la flora y fauna, eran consecuencia a una actividad o uso tradicional agrícola compatible con la creación del parque natural.

El Tribunal también desestimó dicho motivo, declarando lo siguiente:

“El motivo, dada la vía impugnatoria elegida, debe partir del respeto al hecho declarado probado, discutiendo desde esa asunción del hecho, la errónea subsunción. El hecho declarado probado afirma que desde diez años antes de la declaración del parque natural no se realizaban cultivos de arroz salvo plantaciones episódicas; que los acusados eran contrarios a la constitución del parque y que actuaron conociendo la prohibición de

realizar 'ninguna alteración del entorno físico (del parque natural) ni podía verificarse cultivos, ni movimientos de tierras ni obras', prohibición contenida en la ley constitutiva del parque en 27 de diciembre de 1994, y en las disposiciones del Gobierno valenciano del 6 y 7 de mayo de 1997. No obstante, realizaron en las fechas que se indican, incendios, cuya extinción prohibieron e impidieron, obras, que fueron acordadas por el Ayuntamiento pese a informes negativos, y bombeos de agua con la finalidad de desecar el marjal.

"La subsunción es correcta y resulta del propio sentido literal de las disposiciones que los recurrentes relatan, sin que de las mismas quepa otra interpretación que la acogida por el tribunal y que resulta del sentido literal de los términos y del sentido teleológico derivado de la constitución del parque natural.

"El hecho de que, con posterioridad, casi cinco años, el Gobierno valenciano aprobara el PORN en el que se prevé la posibilidad de determinadas explotaciones agrícolas no anula la realización de unas conductas prohibidas con anterioridad." (FJ 23)

Por su parte, se denunciaba la indebida aplicación del artículo 330 del CP por cuanto, de los hechos prohibidos, no resultaba afectación alguna del bien jurídico protegido (el artículo 45 de la Constitución), al ser compatible la declaración de parque natural con el cultivo tradicional de arroz.

El Tribunal también desestimó dicho motivo, en la medida en que:

"Los recurrentes pretenden emboscar el desastre causado mediante el recurso, reiterado, de la realización de un cultivo tradicional de arroz cuando lo cierto es que ese cultivo estaba no solo abandonado, sino que estaba prohibido desde la declaración del parque y pendiente de un estudio posterior que terminó con la aprobación del PORN. Mientras tanto, y contrarios a la declaración del parque, los acusados realizan las conductas que han incidido gravemente sobre los elementos básicos para la declaración de parque natural." (FJ 24)

También se denunciaba error de derecho por indebida aplicación del artículo 330 del CP, "en cuanto se ha apreciado un dolo inexistente".

Los recurrentes alegaban que actuaron con la intención de recuperar el cultivo de arroz por lo que no entendieron que se estaba causando un daño al marjal. Dicho motivo también fue desestimado.

Sobre esta cuestión, el Tribunal advirtió que:

"Los recurrentes confunden en la exposición de la impugnación el dolo, como elemento subjetivo del delito, que en su formulación directa consiste en la voluntad dirigida a una finalidad, la de poner en peligro o dañar el bien jurídico protegido, con el móvil del autor. Este último es irrelevante en la subsunción del hecho en el tipo subjetivo del delito. En otras palabras aunque el autor de un hecho delictivo pretenda una finalidad patrimonial en la realización de un delito contra las personas, por ejemplo, no por ello se podría negar la existencia del dolo de matar o de lesionar." (FJ 25)

A continuación, el Tribunal declaró que:

"El hecho probado del que se parte en la impugnación es claro en la determinación del elemento subjetivo del tipo penal al expresar que los recurrentes eran contrarios a la creación del parque natural y que pese a conocer la prohibición de actuar en el parque desarrollaron unas conductas de agresión, que se relatan, como incendios, construcciones de caminos y rebajar o discurrir el agua. Conocían la ilegalidad de su conducta y habían sido advertidos por el secretario del Ayuntamiento de la necesidad de recabar autorización del Gobierno de la comunidad autónoma.

"No obstante esos conocimientos, elemento cognitivo del dolo, los acusados realizan conductas, elemento volitivo, que

agreden al parque natural en los términos que se declaran probados. La finalidad de recuperar el cultivo de arroz es, desde la perspectiva expuesta, irrelevante. El motivo debe ser desestimado." (FJ 25)

Por su parte, se alegaba la indebida aplicación del artículo 22.7, la agravante de prevalerse del carácter público que ostentaban ambos condenados por su respectiva intervención. Los recurrentes aducían que la agravación sería aplicable si éstos hubieran actuado como particulares en su propio beneficio, para alcanzar mayor facilidad en la comisión del delito y dificultades en su averiguación, pero no era de aplicación al presente supuesto en el que los condenados habían actuado en el ejercicio de su cargo. El Tribunal desestimó dicho motivo, declarando lo siguiente:

"La agravación declarada concurrente consiste en el aprovechamiento de un determinado estado para la realización del hecho delictivo y comprende tanto las acciones del funcionario que actúa en su propio y particular beneficio como la del funcionario que abusa de su función, aunque es preciso que no se trate de un actuar extralimitando su función. En otras palabras, la agravación puede ser aplicable al funcionario público cuya conducta típica no guarda relación con su función pública propia, pues esa extralimitación podrá ser típica de un delito de otra naturaleza.

"En este supuesto fáctico, los acusados que eran representantes populares en el gobierno municipal y lo presidían, aprovecharon esa condición para ordenar las conductas lesivas al parque natural, y para realizar el acto de acometimiento que ha sido subsumido en el tipo penal.

"Reiterados precedentes de esta sala avalan esta interpretación [...] en el sentido expuesto de distinguir en las conductas de los funcionarios públicos aquellos supuestos en los que esa condición forma parte del tipo penal y cuando en la infracción penal se produce una extralimitación, supuestos en los que no es compatible la aplicación de la agravación, de aquellos otros en los que el delito cometido no guarda relación estrecha con las funciones públicas y ha sido actuado con aprovechamiento de la condición de funcionario público." (FJ 39)

También se invocaba error de derecho por la inaplicación del artículo 111 del CP, en la medida en que la sentencia impugnada había declarado la responsabilidad mediante la indemnización económica cuando lo procedente hubiera sido la restauración del parque natural mediante obligaciones de hacer impuestas a los condenados. El Tribunal también desestimó dicho motivo, declarando lo siguiente:

"El artículo 110 del Código Penal establece que la responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación y la indemnización. De estas maneras de articular la responsabilidad civil, la primera es imposible, pues el parque resultó destruido en una extensión considerable y la fauna y flora, en iguales términos, no puede ser restituida por los condenados. En algunos apartados, de los daños causados, la sentencia afirma su irreparabilidad habiéndose procedido por la administración pública competente en la conservación del parque a su reparación, por lo que la opción indemnizatoria que acoge la sentencia es lógica y razonable, dadas las circunstancias concretas que se presentan en el humedal." (FJ 44)

Finalmente, se denunciaba error de derecho por indebida aplicación del artículo 110 del CP, en relación con el artículo 1156 del Código Civil, al no haber tenido en cuenta, por vía de compensación, la bondad de las actuaciones realizadas para la conservación de parque que el PORN.

El Tribunal también desestimó dicho motivo, por cuanto:

"En primer lugar porque el relato fáctico no afirma nada sobre el presupuesto que alega, que las actuaciones realizadas sobre el parque fueran beneficiosas de cara a su conservación. Se trata

de una hipótesis que los recurrentes alegan desprovistas de actividad probatoria. Al contrario, el hecho probado afirma la gravedad del daño causado por la conducta de los acusados. Por otra parte, como expusimos en el anterior fundamento, el PORN, aprobado en 1999, al regular los aprovechamientos que pueden realizarse en el espacio natural se refiere al parque al tiempo de su promulgación y las actuaciones que en el mismo

pueden realizarse, sin que supongan una aprobación de las actuaciones atentatorias al parque realizadas con anterioridad.” (FJ 48)

En virtud de lo expuesto, entre otros motivos, el Tribunal desestimó el recurso de casación, con imposición de costas a los recurrentes.

Audiencia Provincial de Pontevedra. Construcción de una edificación en suelo no urbanizable. Delitos sobre la ordenación del territorio

SUPUESTO DE HECHO

El propietario de una empresa constructora (C) realizó varias construcciones que dieron lugar a la incoación de varios expedientes de infracción urbanística. En concreto, construyó una edificación en suelo calificado como no urbanizable común, careciendo de la necesaria licencia y resultando la construcción no legalizable dada su superficie, lo que motivó la incoación por el Ayuntamiento de O Grove del expediente de infracción urbanística número 4/00. Las obras fueron finalizadas pese a haber sido precintadas. Asimismo, realizó una obra consistente en la reforma y ampliación de una edificación en suelo calificado como no urbanizable de protección especial, no ajustándose a la licencia solicitada. Ello dio lugar a la incoación del expediente de infracción urbanística número 17/00. En este caso también se continuó la ejecución de las obras pese a la orden de paralización y precinto de las mismas. También llevó a cabo la construcción de viviendas en suelo calificado como suelo no urbanizable común, careciendo la obra de la necesaria licencia toda vez que no se ajustaba a la licencia obtenida la cual se otorgó para vivienda unifamiliar, comprobándose que en dicho lugar se estaba llevando a cabo una construcción para ocho viviendas, resultando por tanto la obra ilegalizable. Por ello, el Ayuntamiento de O Grove también incoó un expediente de infracción urbanística (número 141/99). También en este caso las obras fueron ejecutadas pese a la orden de suspensión y precinto de las mismas.

El juzgado de lo penal de Pontevedra correspondiente dictó sentencia condenando a C como autor penalmente responsable de un delito continuado contra la ordenación del territorio y de un delito continuado de desobediencia grave, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas por el primero, de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veinticuatro meses, a razón de 30 euros diarios, e inhabilitación especial para la profesión de constructor y promotor durante tres años; y, por el delito continuado de desobediencia, la pena de un año de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Con imposición de una tercera parte de las costas causadas.

Asimismo, se condenó a P como cómplice de un delito continuado contra la ordenación del territorio y de otro delito continuado de desobediencia grave, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, por el primero de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de quince meses con una cuota diaria de 20 euros e inhabilitación especial para la profesión de constructor y promotor durante un año; y, como cómplice del delito continuado de desobediencia a ocho meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de una tercera parte de las costas causadas.

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Pontevedra. Sección Cuarta. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 47/2006

RESOLUCIÓN: 6/2007

FECHA: 23 de enero de 2007

PONENTE: Ilmo. Sr. José Carlos Montero Gamarra

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 319 del Código Penal (CP), y artículo 9.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones

DOCTRINA: Construcción de una edificación en suelo no urbanizable. Delitos contra la ordenación del territorio (FJ 1, 6, 7, 8 y 9)

También se ordenó la demolición de las obras ejecutadas.

También se condenó a V como autor penalmente responsable de una falta contra el orden público a la pena de treinta días multa con una cuota diaria de seis euros con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago, con imposición de las costas correspondientes a un juicio de faltas; y se absolvió a CM de los delitos de que se le acusaba, declarando de oficio una tercera parte de las costas procesales causadas.

Tres de los acusados (C, P y V) formularon recurso de apelación contra dicha resolución. El Tribunal estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por C, absolviéndolo del delito continuado contra la ordenación del territorio de que venía siendo condenado. También estimó el recurso de apelación interpuesto por P, absolviéndola como cómplice de los delitos continuado contra la ordenación del territorio de que venía asimismo siendo condenada. Y finalmente, desestimamos el recurso de apelación formulado por V, manteniendo el pronunciamiento de condena referido al mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Con carácter previo, el Tribunal efectuó varias consideraciones con respecto a los delitos de urbanismo. Al respecto, recordó que su bien jurídico protegido es:

“la utilización racional del suelo como recuro natural limitado y la ordenación de su uso al interés general.” (FJ 1)

A continuación, el Tribunal recordó que:

“Se trata casi de un bien jurídico comunitario, de los denominados ‘intereses difusos’, pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica, en mayor o menor medida a toda una colectividad.

“Se trata, en todo caso, de intereses difusos que no pueden ser encarnados por ninguna persona en particular. Pertenece a la comunidad en general y por ello [...] la única forma de perso-

narse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular.” (FJ 1)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

“no podemos olvidar, en relación al bien jurídico protegido en el ‘delito urbanístico’, que no se tutela la normativa urbanística –un valor formal o meramente instrumental–, sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de ‘utilización racional del suelo orientado a los intereses generales’ (artículos 45 y 47 de la CE), es decir, como ya se expresó, la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general.”

Añadiendo que:

“no es la normativa sino el ‘valor ordenación del territorio’ en sentido material de utilización racional del suelo orientado a los intereses generales, el bien jurídico comunitario de los llamados ‘intereses difusos’ sin titular concreto, referido a toda la colectividad.” (FJ 6)

A continuación, el Tribunal procedió al examen de las infracciones urbanísticas que habían dado lugar a la incoación de expedientes de infracción urbanística. En primer lugar, en cuanto a la que había dado lugar a la incoación del expediente número 4/00, el Tribunal consideró que la infracción no revestía entidad bastante para alcanzar la categoría de delito y así pasar a conformar la continuidad delictiva pretendida, por cuanto:

“en la interpretación de los delitos sobre la ordenación del territorio se debe atender a los principios generales limitadores del *ius puniendi* que excluyen ilícitos penales meramente formales que penalicen el cumplimiento de un mandato administrativo, esto es, sólo las conductas más graves e intolerables deben merecer reproche y sanción penal.” (FJ 7)

Asimismo, el Tribunal recordó que:

“está claro que el suelo donde se edificó ‘no urbanizable común’, por mor de la disposición transitoria segunda, ordinal 4, de la Ley 1/1997, del suelo de Galicia, por tratarse de suelo no urbanizable ‘se le aplicará el régimen del suelo rústico de esta Ley, con la salvedad que no podrán incorporarse estos terrenos al desarrollo del suelo urbanizable, en tanto no se proceda a la revisión del planeamiento’. Pero ello no significa, en nuestro caso, que el régimen aplicable sea el correspondiente a los suelos rústicos objeto de especial protección, sino el relativo a los terrenos clasificados como suelo rústico común, donde, con determinadas condiciones, que el plan general debe señalar, se permite la construcción de viviendas unifamiliares aisladas (artículo 77 de la Ley 1/1997, del suelo de Galicia).” (FJ 7)

Finalmente, el Tribunal señaló que:

“con referencia a la época de comisión de los hechos, que suprimido que fue el inciso ‘así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano’ del artículo 9.2 de la LRSV, que el criterio de clasificación de ‘suelo rústico común’, que como consecuencia de la disposición transitoria segunda, ordinal 4, de la Ley 1/1997, del suelo de Galicia, pasó a ser el aplicable al tipo de suelo ‘no urbanizable común’ de las Normas de Planeamiento Municipales del Concello de O Grove, resulta un criterio de suelo no urbanizable incompatible con el fijado en el artículo 9 de referencia, necesitado de una positiva delimitación en el planeamiento en atención a unos específicos valores a preservar (aquellos a que se refiere la Consulta 1/03, conclusión 1), de modo que no pudiendo ser aplicada la Ley autonómica en cuestión como norma de complemento para formar el juicio de tipicidad del artículo 319.2, es obvio que la concreta infracción urbanística no puede revestir caracteres de delito.” (FJ 7)

En cuanto a la infracción urbanística que dio lugar al expediente número 141/99, el Tribunal destacó en primer lugar que el régimen de aplicación en el momento de la edificación era el correspondiente al suelo no urbanizable común, siendo por ello

rechazado, por no aplicable, el tipo del artículo 319.2 del CP, por los mismos motivos que en el expediente 4/00.

Abundando en lo anterior, el Tribunal indicó lo siguiente:

“la falta de tipicidad de la conducta enjuiciada no puede negarse a la vista del informe del propio técnico municipal, [...] que al referirse al tipo de suelo, señala que ‘En aplicación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal, la parcela donde se eleva la edificación objeto del expediente 141/99, está en suelo clasificado como urbano e incluido en el ámbito del Plan Especial número 1, reconociendo que la zona ‘tiene las calzadas pavimentadas y las aceras encintadas en su mayor parte’, aunque ello no fuera así mismamente en la parcela objeto del expediente. Añadiendo el informe en cuestión el contenido de la ordenanza transitoria del citado Plan Especial número 1, que textualmente decía: ‘al no constar en el ayuntamiento la existencia de documentación alguna aprobada en tanto no se redacta el Plan Especial, transitoriamente se aplicará a los terrenos las condiciones de edificación establecidas en estas normas para el suelo no urbanizable común’.

“Es decir el suelo al que nos estamos refiriendo, en la época de autos, estaba clasificado como urbano, aunque transitoriamente le fuesen de aplicación las condiciones del suelo no urbanizable común. Lo que no puede tener otro significado, al no poder llevarse a cabo una interpretación extensiva de la norma penal, que la conducta carece de relevancia criminal.” (FJ 8)

Finalmente, en cuanto a la infracción urbanística que había dado lugar a la incoación del expediente 17/00, el Tribunal estudió si los hechos cometidos tenían suficiente entidad como para integrar el subtipo agravado 1 del artículo 319 del CP.

A tal efecto, el Tribunal analizó los valores que llevaron al legislador penal a cualificar la pena en el artículo 319.1 con lo que el artículo 9.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, señala como justificativos de una especial protección administrativa.

A este respecto, el Tribunal recordó que:

“el apartado 1 del referido artículo 9 clasifica como suelos no urbanizables los que ‘deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público’.

“Por su parte, el apartado 1 del artículo 319 del Código Penal constituye una figura delictiva de carácter cualificado en relación con lo previsto en el apartado 2 del mismo precepto por afectar a ‘suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección’.” (FJ 9)

Comparando ambos apartados, el Tribunal llegó a las siguientes conclusiones:

“A) Por un parte, que el precepto penal pretende tipificar determinados atentados contra la ordenación del territorio que resultan especialmente graves, en su mayor parte –aunque no en exclusiva–, por afectar a suelos especialmente protegidos.

[...]

“B) Por otra parte, tampoco puede afirmarse que todo suelo no urbanizable especialmente protegido resulte tutelado en el precepto penal.” (FJ 9)

Por tanto, según el Tribunal:

“los suelos que resultaran administrativamente especialmente protegidos por ostentar alguno de tales valores (o cualquier otro no enumerado en el artículo 319.1 del CP), o en función de

su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público, quedarán a pesar de ello, excluidos de tutela penal cualificada.” (FJ 9)

Volviendo al caso estudiado, el Tribunal señaló que:

“en nuestro caso localizada la obra de Campo das Laxes número 31 en la denominada zona de servidumbre de protección, es decir, en terreno no incluido en el dominio público marítimo-terrestre (al que se refieren los artículos 3 y ss. de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas), esto es en terreno de propiedad privada de particulares, debemos pues llegar a la conclusión que la infracción urbanística correspondiente en modo alguno puede entenderse incluida en la figura penal agravada del número 1 del artículo 319 del CP.” (FJ 9)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por C, absolviéndolo del delito continuado contra la ordenación del territorio de que venía siendo condenado. También estimó el recurso de apelación interpuesto por P, absolviéndola como cómplice de los delitos continuado contra la ordenación del territorio de que venía asimismo siendo condenada. Y finalmente, desestimamos el recurso de apelación formulado por V, manteniendo el pronunciamiento de condena referido al mismo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el bien jurídico protegido del delito urbanístico, ver las siguientes sentencias: SAP de Alicante de 25 de noviembre de 2002 (Aranzadi 2003/47), y SAP de Córdoba de 3 de noviembre de 2004 (Aranzadi 2005/46780).

- 5 PRESENTACIÓN
- 7 ESTUDIOS
- 7 Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador
Alejandro Nieto
- 14 La primera sentencia constitucional sobre el conflicto en defensa de la autonomía local (STC 240/2006): una ocasión perdida
Javier García Roca
- 24 Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión
José María Gimeno Folla
- 57 Una observación de los convenios urbanísticos desde el Derecho Urbanístico de Cataluña
Manuel Tábora Bertanachs
- 71 Las haciendas locales en el Estatuto de autonomía de Cataluña
Emilio Aragóns Beltrán
- 99 Medio ambiente y planeamiento urbanístico
Dimitry Berberoff Ayuda
- 121 Deber de conservación y rehabilitación de los inmuebles y derecho de realojamiento y retorno. Su interrelación con el acoso inmobiliario
Domènec Sibina Tomàs
- 147 CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA
- 148 A) Jurisdicción constitucional
- 156 B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- 158 C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
- 163 D) Jurisdicción contencioso-administrativa
- 189 E) Jurisdicción civil
- 197 F) Jurisdicción penal
Domènec Sibina Tomàs
Eva Arnal Arasa