

Octubre de 2013

33 Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

QDL

d Fundación
Democracia
y Gobierno Local

33 Octubre de 2013

Cuadernos de Derecho Local

Consejo Científico

Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Diego Córdoba Castroverde, *Tribunal Supremo*
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*
Eduardo García de Enterría, *U. Complutense* (†)
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*
Jesús Leguina Villa, *U. de Alcalá*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Luis Ortega Álvarez, *Tribunal Constitucional*
Luciano Parejo Alfonso, *U. Carlos III*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Francisco Rubio Llorente, *expresidente del Consejo de Estado*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

Consejo de Redacción

Presidenta: Maria Dolors Batalla i Nogués, *Fundación Democracia y Gobierno Local*
Director: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*
Secretario: Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*
Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu, *TSJ Madrid*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*

Coordinadora

Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

La Revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

Edición

© Fundación Privada Democracia y Gobierno Local
Rambla Catalunya, 126
08008 Barcelona

Velázquez, 90, 4º
28006 Madrid

Producción

FOTOLETRA SA

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

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

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en la Base de datos nacional ISOC, que cuenta con un sistema de selección de publicaciones basado en normas internacionalmente reconocidas.



***In memoriam:* Eduardo García de Enterría y el derecho local**

- 5 Luciano Parejo Alfonso

Estudios

- 11 Mecanismo de control de la legalidad urbanística: la acción pública
José Enrique Candela Talavero
- 30 Un cambio de rumbo en las políticas de suelo y urbanísticas:
la mudanza del urbanismo expansivo y el redescubrimiento de la ciudad
consolidada
Judith Gifreu Font
- 56 La reestructuración del mapa local: el papel de las provincias
(del "coste estándar" al "coste efectivo")
Fernando Simón Yarza

Ponencias, crónicas y notas

- 69 La capacidad del empresario: la relación entre el objeto social
de las empresas y el objeto de los contratos del sector público
Juan Carlos Gris González
- 77 Los servicios funerarios en la nueva tipología de servicios municipales
Eduardo Paricio Rallo
- 90 La responsabilidad penal de los funcionarios públicos
y autoridades en los delitos sobre la ordenación del territorio
y el urbanismo, y contra el medio ambiente
Antoni Pelegrín López

Jurisprudencia

- 115 La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de régimen local
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
- 141 Tributos, derecho de la Unión Europea y entidades locales
Dimitry Berberoff Ayuda
- 154 Crónica de jurisprudencia (de 1 de julio a 31 de octubre de 2013)
Antonio Descalzo González

Documentos e informes jurídicos

- 175 ¿Puede el *Fracking* ser materia de acuerdo local?
Vicente Boquera Matarredona y Juan Jiménez Hernandis
- 181 ANEXO
Informe técnico: "Fracturación hidráulica (*Fracking*) y sus potenciales consecuencias en el medio ambiente"
José Vicente Úbeda Arévalo, Juan Sanchís Giménez y Emilio J. Sanchís Moll
- 188 Informe de la Secretaría General sobre la oferta de empleo público para 2013 de la Diputación Provincial de Huesca
Antonio Serrano Pascual
- Noticias bibliográficas**
- 195 Noticias bibliográficas
Antonio Descalzo González

In memoriam **Eduardo García de Enterría y el derecho local**

Es empeño ciertamente difícil transmitir las cualidades personales excepcionales del profesor Eduardo García de Enterría, y la enorme trascendencia para el derecho público español –e, incluso, el de más allá de nuestras fronteras, especialmente el del mundo iberoamericano– de su obra multifacética (docente, académica, científica y profesional). Muchos han sido los que, desde su fallecimiento, se han referido a unas y otra con pleno conocimiento, acierto y autoridad. Pero, aparte razones personales evidentes –y no accesorias– de su director, la dedicación de esta revista al mundo local hace inexcusable la dación de cuenta, con motivo de la publicación del primer número que proporciona ocasión para ello, de la atención prestada y la contribución hecha por García de Enterría al régimen local, objeto que abordó desde una perspectiva material y, por tanto, muy amplia, desbordante de los márgenes estrictos de la organización, el funcionamiento, las competencias y los servicios según su regulación por la legislación específica de los entes locales. Tanto más cuanto que se ha destacado ya, y bien, la que prestó a la organización territorial del Estado como un todo y la articulación, puesta en pie y funcionamiento del Estado autonómico (que le llevó a una participación relevante en el diseño del mismo), pero se ha puesto menos énfasis en su –temprano, ambicioso y continuado– interés por el escalón basal de aquella organización territorial, el de las entidades locales. Baste con transcribir sus propias palabras en la nota 1 del capítulo 5 de su muy conocido libro *La Administración española*¹, en las que haciendo referencia a algunos de sus trabajos sobre régimen local dice: “Se trata de las primeras elaboraciones de un trabajo de conjunto que confío acabar algún día sobre los fundamentos del régimen local español; en ellos se encontrarán justificadas y desarrolladas muchas de las afirmaciones que en este trabajo he de presentar necesariamente desnudas”. Aunque el anunciado trabajo de conjunto no haya llegado a ver la luz, múltiples y muy influyentes son en este terreno sus aportaciones. De ellas quizás sean tres tempranas las más capaces de dar idea de su importancia, de modo que no resulta ocioso recordar ahora su contenido.

La primera es la pequeña joya de su artículo “Turgot y los orígenes del municipalismo moderno” (publicado en 1960 y en el número 33 de su querida *RAP*). En él se desvela, en efecto, el origen y alcance de la doctrina del *pouvoir municipal*, de poderosa incidencia en la evolución de nuestro régimen local. Ese ori-

1. Se cita en su edición (primera reimpresión de 1985) en “El libro de bolsillo” de Alianza Editorial.

gen lo sitúa en la memoria presentada al rey por Turgot, que califica de uno de los más impresionantes documentos de la historia administrativa, tejido con los mimbres proporcionados, de un lado, por el fisiocratismo (al postular una nueva idea de sociedad arrumbadora de la estamental), y, de otro lado, por la idea de la organización territorial (provincial) para el reparto del único impuesto sobre la tierra (germen de la representación en asambleas provinciales que abocará en reivindicaciones de libertad). La clave está en la transformación de estos mimbres –vía crítica de la ausencia de una verdadera constitución y, por tanto, de *l'esprit public* en la Francia del antiguo régimen– en un verdadero pensamiento de régimen local montado sobre un doble principio básico: la territorialidad de los derechos sociales y la horizontalidad uniforme de su distribución. De donde se sigue una concepción asociativa de la comunidad local sobre la base de la realidad natural del pueblo (*village* y *ville*). Y más aún: que la administración de este *doit être on ne peut plus facile à remplir par ceux qui sont sur les lieux*, debiendo referirse los asuntos propios o peculiares a aquellos en los que todos los habitantes tienen un interés común. Administración esta que, por ello, lejos de suponer una sustracción de sustancia al Estado, representa propiamente la devolución de funciones que no le pertenecen. Se trata de una idea tan actual como la del autogobierno local, por más que este quede aún en manos de los propietarios del suelo, es decir, de los arraigados en el lugar según la concepción de la época (para la que la riqueza inmueble otorga el derecho de ciudadanía). Idea que eclosiona en la obra revolucionaria y concretamente en los decretos de la asamblea constituyente de 14 de diciembre de 1789, de organización de las *municipalités*, y de 22 de diciembre de 1789, que procede a la generalización de estas.

La segunda no es otra que el espléndido resumen de la importancia histórica de la potestad normativa local, publicado en la modesta sección de documentos y dictámenes del número 50 de la *RAP*, de mayo/agosto de 1966, en el que i) confirma la importancia, amplitud y carácter estatutario de las ordenanzas locales hasta el establecimiento del primer orden constitucional de Cádiz, de modo que se referían con total normalidad, más allá del campo administrativo, a cualesquiera otros objetos; ii) describe el proceso que califica como pérdida de fuerza de esta fuente de derecho "... ya adentrado el siglo XIX, cuando, por una parte, se ha concentrado en un órgano central único el 'poder legislativo', y por otra surgen ordenaciones generales con pretensión de exclusividad que habrían de regir sobre todo el territorio nacional, concluyéndose así con todo particularismo", de modo que su contenido tradicional va sufriendo sucesivos recortes (sin perjuicio de su resistencia inercial a los mismos, con ilustración de esta por referencia a la obra de uno de los más destacados maestros de su escuela, el profesor Alejandro Nieto, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, Valladolid, 1959) hasta quedar en una posición ciertamente residual; y iii) acierta a señalar el encuentro por las ordenanzas de uno de sus campos más característicos en el de la policía urbana, sin perjuicio de la estatalización del urbanismo y de su inserción en los planes.

Y en tercer y último lugar, el delicioso libro *Problemas actuales del régimen local*², que recoge –como dice el prólogo a su primera edición– la serie de conferencias pronunciadas en la Universidad de Sevilla en la primavera de 1957 a in-

2. Se cita por la edición de Aranzadi de 2007.

vitación del Instituto García Oviedo. La elección de los temas de las conferencias expresa la visión amplia y material del régimen local de García de Enterría antes ya destacada, pues si la primera tuvo por objeto la entidad provincial, las dos restantes se dedicaron al servicio público de gas y a la entonces gran novedad de la Ley del Suelo de 1956 (por ello es muy acertado el apunte del profesor Martín Bassols Coma, en nota necrológica publicada en el último número de la *Revista de Urbanismo y Medio Ambiente*, del papel del profesor García de Enterría en el encuadramiento jurídico de la materia urbanística, que debe entenderse que es lógica consecuencia de la expresada visión del régimen local). Lo dice el propio García de Enterría en el prólogo a la primera edición: “El título que da unidad al conjunto refleja por de pronto la índole exacta de los temas particulares que se abordan. Se trata de tres problemas concretos cuya actualidad ha sido determinada por las páginas del Boletín Oficial, pero que en cualquier caso son estudiadas en toda su significación material dentro de la evolución conjunta de nuestro régimen local, trascendiendo del plano estricto de sus concretas regulaciones legales”.

Debe notarse la actualidad del planteamiento sobre la provincia, pues arranca de la insuficiencia del escalón municipal, con carácter general, para articular una verdadera descentralización político-administrativa, y la necesidad de una devolución de poderes hacia arriba, hacia la escala regional, concretada entre nosotros en las comunidades autónomas. De donde, en las reflexiones ulteriores al trabajo mismo, surge la pregunta: ¿*quid* de la provincia?, que es contestada a la luz de la importante STC de 28 de julio de 1981, destacando la trascendencia de su garantía institucional, pero el gran margen de configuración que, no obstante, esta deja en manos del legislador ordinario (como prueba el núcleo competencial asignado a la entidad provincial en la Ley básica de 1985). De ahí la decantación de dos modelos autonómicos extremos en punto a la inserción de la instancia provincial: el catalán reductor al mínimo del papel de esta a favor del ámbito comarcal (con recuerdo de la observación de Jordana de Pozas: la excesiva amplitud de la provincia en unos casos para cumplir los requerimientos de la exigible cercanía y su insuficiencia por pequeñez en otros para dotar a su ámbito de verdadera sustancia política) y el vasco expresivo de la contrafigura del anterior. Si para el primero aconseja decantarse por una fórmula más cercana a la del *Kreis* alemán que a la del *arrondissement* francés, respecto del segundo se limita a destacar la posición central en la arquitectura de la comunidad autónoma y no solo en los aspectos hacendísticos. Sin perjuicio de las soluciones decantadas en las restantes comunidades autónomas –alude a la andaluza y la valenciana–, tal examen le permite concluir, con carácter general (que es lo que aquí interesa destacar): i) que al tiempo en que escribía estaba prevaleciendo ya en la práctica –por pragmatismo y comodidad políticos de corto vuelo– la opción por lo que es hoy una realidad: el montaje por las comunidades autónomas de un aparato administrativo propio, reproductor miméticamente del esquema del general del Estado: organización central y periférica; y ii) la recomendación –considerando el mencionado pragmatismo factor esterilizador de las diputaciones en su siglo y medio de existencia preconstitucional– de revalorizar las diputaciones; revalorización que entendía que pasaba por la articulación resuelta con las comunidades autónomas, de forma que puedan actuar normalmente y con excepciones muy singularizadas como las instancias a través de las cuales dichas comunidades sitúan sobre el territorio sus propias competencias en términos de gestión ordinaria de servicios propios. Fórmula que no es sino la aconsejada en

la, en este punto inédita, Ley del Proceso Autonómico derivada del informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías de 1981, presidida por el propio E. García de Enterría.

En fin, valgan estas líneas para dejar constancia de la fuerte y duradera impronta que la persona de Don Eduardo y su magna obra dejan entre nosotros.

Luciano Parejo Alfonso

Director de los Cuadernos de Derecho Local (QDL)

33_{QDL}

Estudios

Mecanismo de control de la legalidad urbanística: la acción pública

José Enrique Candela Talavero

Funcionario de la Administración local con habilitación de carácter estatal.

Secretario-interventor de la Mancomunidad integral "Sierra de Montánchez" (Cáceres)

1. La participación en los asuntos públicos en el Estado de derecho
2. Reparto competencial del urbanismo. Criterio de la jurisprudencia constitucional
3. La legitimación en el proceso contencioso-administrativo
4. La acción pública
 - 4.1. Legislación sectorial
 - 4.2. Legislación autonómica

Resumen

Nuestro ordenamiento jurídico se fundamenta en el principio de legalidad, del que nacen diversos mecanismos con los que poder controlar la actuación de la Administración Pública, la cual se encuentra sometida a la ley y al derecho. Si bien la legitimación procesal en el orden contencioso-administrativo tiene unas notas características, como es tener "interés legítimo", conviene compararlas con las exigidas para ejercitar el control mediante la acción pública, que precisa la de actuar en pro de la legalidad, gracias a la cual las personas físicas y jurídicas pueden exigir la observación y el cumplimiento de la misma. Este es un instrumento con reconocimiento legal en distintos campos de la actuación de la Administración, resultando muy amplia su aplicación al ámbito del urbanismo. En este trabajo se analizará el reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas sobre el mismo, así como los criterios jurisprudenciales para su delimitación y regulación.

Palabras clave: *control; acción pública; urbanismo; legitimación procesal.*

Judicial review of public administration in the field of urban planning: the actio popularis

Abstract

The Spanish legal system is based on the principle of the rule of law which comprises several tools to review the legality of the acts of public administrations. It is useful to compare the standing doctrine required by administrative law courts –the applicant must have "legitimate interest"– with the exercise of the actio popularis which requires only to pursue the restoration of the legality in the interest of the public as a whole. The latter allows individuals and legal entities to review the legality of the acts of public administrations. The actio popularis is a legally recognized tool in several fields of action of public administrations, especially in the urban planning area. In this article I will analyze the distribution of competences between the Central Government and the Autonomous Communities in the urban planning field and the principles of the case-law that are relevant to it.

Keywords: *judicial review; actio popularis; urban planning; legal standing.*

1. La participación en los asuntos públicos en el Estado de derecho

El mandato constitucional de servir con objetividad a los intereses públicos que recae en la Administración (artículo 103.1 de la Constitución española, en adelante CE) se concreta en lo que denomina el profesor Linde Paniagua¹ “cláusula de transformación” prevista en el artículo 9.2 CE, por el que los poderes públicos procederán a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. De esta manera, los principios del Estado social y democrático de derecho que refleja el artículo 1 CE se convierten en un conjunto de mandatos implícitos, que deben proyectarse sobre el ejercicio de la actividad de todos los poderes públicos, a pesar de ser unos mandatos que, con frecuencia, dejan paso al agobiante reglamentarismo. Llevado esto a la dimensión concreta del urbanismo, y visto el principio constitucional de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, hace que la protección del interés público deba estar presente en las decisiones que sobre el planeamiento instrumente la Administración (Dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura, núm. 574/2011, de 1 de diciembre).

El sometimiento de los poderes públicos al derecho es, según la profesora Beladiez Rojo², uno de los contenidos del principio de legalidad, cuyo respaldo constitucional se encuentra no solo en que esta significación del principio de legalidad esté pacíficamente aceptada y constituya, desde su formulación, uno de los contenidos que han integrado este principio, sino porque además esta concreta significación ha encontrado una consagración expresa en los artículos 9.1, 103.1 y 106.1 CE, preceptos que, a su vez, constituyen concreciones del más genérico principio del Estado de derecho que reconoce el artículo 1.1 CE, haciendo que el control de legalidad al que está sometida la Administración nos conduzca, según el profesor

Rodríguez-Arana Muñoz³, a que la función propia y específica que corresponde al poder judicial, según la Constitución española, es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Juzgar, desde una posición muy general, consiste en declarar, o no, ajustada a derecho, al menos en el orden contencioso-administrativo, una determinada actuación administrativa. Si se quiere, juzgar es dar a cada uno lo que de acuerdo con la ley y el derecho le corresponde. La vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, acertadamente, establece el centro de la cuestión no en el tradicional proceso del acto administrativo, sino en la pretensión del recurrente. Pretensión que puede reducirse a la mera anulación de la actuación administrativa, y también, de acuerdo con el artículo 31.1 de esta Ley, al restablecimiento de una situación jurídica individualizada y a la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización por los daños y perjuicios, cuando proceda.

Por su parte, reconocido constitucionalmente el principio de igualdad formal en el artículo 14, debemos mencionar el principio de igualdad material del artículo 9.2. Así, siguiendo la interpretación del supremo intérprete de la Norma Fundamental, estamos ante un precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social (STC 39/1986, de 31 de marzo). Esta interpretación puede y debe trasladarse al ámbito del urbanismo a partir del artículo 47 CE, tras imponer como principio rector de la política social y económica el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, y que “Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”, entendida por el profesor Tejedor Bielsa⁴ como restricción al libre juego de las fuerzas de mercado, máxime cuando en el del suelo, o la vivienda, la competencia resulta tremendamente imperfecta, si no inexistente, y precisamente por ello son frecuentes los abusos de posición dominante, posible

1. LINDE PANIAGUA, E., *Parte especial del derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, Colex, Madrid, 2007, pág. 47.

2. BELADÍEZ ROJO, M., “La vinculación de la Administración al derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000, pág. 320.

3. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)*, núm. 14, 2010, pág. 685.

4. TEJEDOR BIELSA, J., “Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 181, Madrid, enero-abril 2010, pág. 116.

por la frecuente concentración de la propiedad privada del suelo en pocas manos, ante la inacción e impotencia administrativas. Además el artículo 9.2 puede imponer la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia Norma Fundamental (STC 19/1988, de 16 de febrero).

2. Reparto competencial del urbanismo. Criterio de la jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional (STC 164/2001, FJ 4) señaló que la competencia exclusiva en materia urbanística corresponde a las comunidades autónomas, aunque ello no obsta para que el Estado pueda incidir en dicha materia, no de forma general (ni siquiera con la pretensión de que su normativa se aplique como supletoria), sino puntualmente, al amparo de los títulos competenciales expresos que le otorga el artículo 149.1 de la Constitución (Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja, núm. 109/2008, de 8 de septiembre). Así, la Constitución de 1978 establece un bloque normativo compuesto por los artículos 45 y 47 (complementados por el 23.1 y el 38) a fin de que las distintas Administraciones concurrentes orienten sus políticas a la utilización racional de los recursos naturales, patrimoniales y culturales, en orden a obtener una digna calidad de vida. A tal fin, la interpretación constitucional ha considerado que corresponden a las comunidades autónomas el diseño y desarrollo de las políticas urbanísticas, y, en concreto, las competencias exclusivas sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (SSTC 61/1997 y 164/2001), mientras que el régimen del suelo y la igualdad en las condiciones de ejercicio de los derechos constitucionales afectados se ha entendido que corresponden a la legislación estatal. Por lo que en el caso del urbanismo, según el profesor Rodríguez-Arana Muñoz⁵, las instituciones públicas y los instrumentos con que cuentan deben estar siempre al servicio objetivo del interés general, de forma y manera que las plusvalías que genera el proceso urbanizador repercutan en la comunidad.

Así, resulta que, si bien la competencia de ordenación territorial corresponde con carácter exclusivo a las comunidades autónomas, el Consejo de Estado destacó (Dictamen núm. 466/2009, de 16 de abril) que el adjetivo “exclusivo”, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, tanto cuando se utiliza en la Constitución como en los estatutos de autonomía, requiere, más allá de una lectura aislada de la denominación que las competencias reciban, una interpretación sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad. De esta manera, respecto a la competencia de ordenación territorial, resulta igualmente indiscutible que esta debe ejercerse en el marco del respeto al medio ambiente, y con sujeción al régimen jurídico en esta materia dictado por el Estado. Mientras que, señala el profesor Rebollo Puig⁶, el Estado no tiene ninguna competencia en urbanismo y ordenación del territorio, y, en especial, no tiene una competencia que le permita dictar las bases en esta materia. Esta es pues una competencia exclusiva de las comunidades autónomas, y solo se ve afectada desde fuera por ciertas competencias estatales en otras materias. Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que, si bien es cierto que, a partir de la Constitución y los estatutos de autonomía, todas las comunidades autónomas han asumido la competencia exclusiva sobre ordenación del territorio y urbanismo (artículo 148.1.3 CE, cuyo contenido ha sido recogido en todos los estatutos de autonomía), no lo es menos que, a partir de esas mismas normas, el Estado ha conservado potestades cuyo ejercicio tiene una clara incidencia sobre la ordenación del territorio. En unos casos, se trata de facultades de carácter general cuyo ejercicio puede afectar a todo el territorio de la nación, condicionando así las decisiones que sobre la ordenación del territorio y el urbanismo pueden adoptar las comunidades autónomas: así ocurre, por ejemplo, con la potestad de planificación de la actividad económica general (artículo 131.1 CE) o con la titularidad del dominio público estatal (artículo 132.2 CE), titularidad esta última que, si bien no se traduce en ningún título competencial concreto, permite al Estado establecer el régimen jurídico de todos los bienes que lo integran y adoptar las normas generales necesarias para garantizar su protección (STC 149/1991, FJ 1). Y en consecuencia cabe advertir que,

5. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El marco constitucional del urbanismo en España”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, pág. 178.

6. REBOLLO PUIG, M., *Derecho urbanístico y ordenación del territorio en Andalucía*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 54.

según Castela Rodríguez⁷, ha desaparecido el protagonismo legislativo exclusivo de las Cortes Generales en materia urbanística, como lógico corolario del reparto constitucional de competencias en esta materia, y se ha trasladado hacia las comunidades autónomas (artículo 148.1.3.ª CE).

La cultura urbanística generada por la Ley de suelo de 1956, que se mantuvo compacta hasta mediados de los noventa, se desdobló, menciona el profesor Tomás-Ramón Fernández⁸, a partir de ese momento en dos líneas diferenciadas, que se han convertido en distintas, de los dos grandes partidos de ámbito nacional, lo que ha venido a dejar el ordenamiento urbanístico a expensas de los vaivenes electorales, resultando el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo (en adelante, TRLS/2008), el último fruto de esta dialéctica. Así, el profesor López Ramón⁹ ha manifestado que el urbanismo se concibe como la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico. El urbanismo comprende así las potestades públicas de planeamiento, gestión, intervención sobre el uso del suelo, urbanización y edificación, y políticas de organización de la ciudad frente a los problemas de cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos.

La citada competencia autonómica sobre urbanismo indujo al Consejo Consultivo de Andalucía (dictámenes núms. 197/2013 a 200/2013, de 20 de marzo) a recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, sintetizada en la sentencia 240/2006 –dictada en un conflicto en defensa de la autonomía local–, en la que el Tribunal Constitucional señaló que la Administración territorial a la que el constituyente encomendó la competencia normativa en urbanismo (las comunidades autónomas, según el artículo 148.1.3 CE, pero también el Estado, cuando resulte habilitado al efecto por otros títulos competenciales) está legitimada para regular de diversas maneras la actividad urbanística y para otorgar en ella a los entes locales, y singularmente a los municipios, una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de los planes y disciplina), siempre

que se respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones (al menos en el plano de la ejecución o gestión urbanística) que hará que dichos entes locales sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma e individualizada.

Por tanto, la competencia autonómica en materia de urbanismo tiene que coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del artículo 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las comunidades autónomas sobre el mencionado sector material (STC 61/1997, FJ 5). Competencias estatales que, refiriéndonos a las obras de ordenación del territorio, esto es, grandes obras o construcciones de marcado interés público, siendo de la competencia estatal según el artículo 149.1.24.ª CE por su gran trascendencia para la sociedad, no pueden quedar frustradas por la voluntad municipal (STS de 24 de abril de 1992), no estando necesitadas de licencia municipal. Ahora bien, en la actualidad, manifiesta el Consejo Consultivo de La Rioja (Dictamen núm. 34/2009, de 27 de abril), más que referir estas facultades a la “ordenación del territorio”, resulta más acorde con la distribución constitucional de competencias referirlas al “ejercicio de competencias exclusivas del Estado con incidencia territorial”, que deben ser tenidas en cuenta e integradas por las comunidades autónomas y municipios en sus respectivos planeamientos, pues la competencia sobre ordenación del territorio corresponde a las comunidades autónomas, que deberán ejercerla sin menoscabo de aquellas competencias, reservadas al Estado ex artículo 149.1 CE, que tengan proyección territorial (SSTC 36/1994, FJ 2; 149/1998, FJ 3, y 46/2007, FJ 3). Tal es el caso, por ejemplo, de la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles (artículo 149.1.1 CE), competencia que permite al Estado adoptar el estatuto jurídico mínimo de la propiedad, incluida la del suelo, o de la competencia para dictar legislación básica sobre protección del medio ambiente (artículo 149.1.23.ª CE), legislación que se impone, asimismo, a todas las comunidades autónomas (STC 102/1995, FJ 8 y 9).

Lo mismo ocurre en los supuestos en los que el Estado tiene competencias cuyo ejercicio puede,

7. SANTOS DIEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos*, 7.ª edición, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2008, pág. 166.

8. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 21.ª edición, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2008, págs. 41-42.

9. LÓPEZ RAMÓN, F., *Introducción al Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 38.

igualmente, incidir de manera importante sobre el territorio, cual es el caso de las competencias sobre defensa (artículo 149.1.4.^a CE), puertos y aeropuertos (artículo 149.1.20.^a CE), ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una comunidad autónoma (artículo 149.1.21.^a CE), obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma (artículo 149.1.24.^a CE), etc.

Sobre el contenido de la materia “urbanismo”, ha señalado el Tribunal Constitucional en su STC 61/1997, de 20 de marzo, que las comunidades autónomas son titulares, en exclusiva, de las competencias sobre urbanismo, lo que les permite fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad y servirse para ello de las técnicas jurídicas que consideren más adecuadas (Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias de 20 de enero de 2012). Ello implica concretas potestades, tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores, y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo, en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación. En nuestro derecho urbanístico la STC 61/1997, de 20 de marzo, supuso un punto de inflexión, cuya doctrina, en su mayoría, fue posteriormente confirmada por la STC 164/2001, de 11 de julio; pues, cuando el Tribunal Constitucional en su STC 61/1997, de 20 de marzo, reflejó lo que la Constitución proclama en cuanto a la distribución de las competencias urbanísticas, y ratificó su jurisprudencia sobre la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE¹⁰, se produjo, según el profesor Baño León, una cierta conmoción en un importantísimo sector de la doctrina, que, casualmente, vino a sumarse a la que, desde la perspectiva de la competencia, había hecho el mal llamado “tribunal” encargado de la aplicación de las normas *antitrust*. De este modo aparecen, a veces confundidas, dos perspectivas críticas contra la legislación urbanística: la que propugna un mayor protagonismo del legislador estatal, y la que exige una profunda liberalización —así se dice— del mercado del suelo. Ambas críticas tienen, desde luego, origen distinto, pero han venido a coinci-

dir en el tiempo hasta el punto de confundirse en algunas ocasiones. También se ha formulado, en el contexto de la crítica al excesivo intervencionismo administrativo en el urbanismo, una denuncia del escaso papel que la STC 61/1997, de 20 de marzo, atribuye al Estado. Se ha hablado de una fragmentación de la legislación urbanística, que a veces se conecta con las dificultades del Estado para poder realizar una política efectiva que contenga los precios de la vivienda. Ello, no obstante, como señala la posterior STC 14/2007, no autoriza a desconocer la competencia que, con el mismo carácter, viene reservada al Estado por virtud del artículo 149.1 CE, cuyo ejercicio, en la medida en que afecte puntualmente a la materia urbanística, puede condicionar lícitamente la competencia de las comunidades autónomas sobre el mencionado sector material.

Por su parte, el profesor Muñoz Machado¹¹ se manifiesta respecto a la validez del derecho estatal determinando que la misma está limitada por las competencias del Estado, de manera que las normas que el Estado dicte podrán anularse por razón de incompetencia; además, respecto a la cláusula de supletoriedad, esta no permite que el Estado elabore un derecho que pueda excederse afectando e incidiendo en las competencias de las comunidades autónomas. Tan solo, señala el profesor, y de manera transitoria, sería válido un derecho del Estado supletorio en tanto no haya una regulación autonómica al respecto. Competencia estatal de la que, siguiendo la trascendental STC 61/1997, se extrae que “el Estado tiene constitucionalmente atribuidas una pluralidad de competencias dotadas de una clara dimensión espacial, en tanto que proyectadas de forma inmediata sobre el espacio físico, y que, en consecuencia, su ejercicio incide en la ordenación del territorio (artículos 149.1 4, 13, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 28 CE” (FJ 22), abocándonos a que no cabe negar la legitimidad de que el Estado planifique territorialmente el ejercicio de sus competencias sectoriales haciendo uso de los instrumentos que estime idóneos.

Se trata, en definitiva, de una cuestión sobre la que reiteradamente se ha tenido que pronunciar este Tribunal Constitucional en precedentes procesos: la que suscita la concurrencia, en un mismo espacio físico situado en el territorio de una comunidad autónoma,

10. BAÑO LEÓN, J. M.^a, “La clasificación del suelo: los imperativos del mercado y las competencias locales”, *Anuario del Gobierno Local 2002*, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 58 y 62.

11. MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las comunidades autónomas*, tomo I, Civitas, Madrid, 1982, págs. 409 a 413.

de competencias del Estado y de la comunidad autónoma derivadas de títulos jurídicos distintos, y sobre la que la STC 63/2007, de 1 de marzo, apuntó a la consolidada doctrina constitucional en virtud de la cual las situaciones de concurrencia competencial, sobre un mismo espacio físico, han de resolverse acudiendo a técnicas de colaboración y concertación; concluyendo con el parámetro según el cual, cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva, lo hace porque bajo la misma subyace, o al menos así lo entiende el constituyente, un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas¹². Por tanto, el Estado tiene constitucionalmente reservadas, ex artículo 149.1 CE, una pluralidad de competencias dotadas de una clara dimensión espacial, cuyo ejercicio puede condicionar la competencia de la comunidad autónoma sobre ordenación del territorio, debiendo el ente competente en esta materia respetar los condicionamientos que constitucionalmente se deriven de esas competencias estatales¹³, siendo la normativa urbanística actual a nivel estatal el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo (en adelante, TRLS), dictado en cumplimiento de la Disposición final 2.ª de la Ley de suelo de 2007.

En opinión del profesor Tajadura Tejada¹⁴, la interpretación de la cláusula de supletoriedad de acuerdo con el modelo de Estado constitucionalmente garantizado, exige distinguir la fase de producción jurídica de la fase de aplicación de las normas. Por lo que respecta a la producción de normas, el Estado puede dictar derecho supletorio en todo caso y sobre cualquier materia. Ahora bien, para que dicha potestad legislativa universal no suponga menoscabo alguno para el principio constitucional de autonomía, hay que entender

que esas normas supletorias solo serán aplicables en presencia de una auténtica laguna en el derecho autonómico, y una vez intentada la autointegración del mismo. En definitiva, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (por todas, STC 149/1998, de 2 de julio, FJ 4), la competencia exclusiva de las comunidades autónomas para la ordenación del territorio, no puede llevar a desconocer las competencias del Estado con directa e inmediata proyección en el espacio físico, siempre que el ejercicio de esas competencias se mantenga dentro de los límites propios. La consecuencia, en el supuesto de que exista contradicción entre la planificación territorial autonómica y las decisiones adoptadas por el Estado en el ejercicio de esas competencias, y ensayados sin éxito los mecanismos de colaboración y cooperación, será que los instrumentos de ordenación territorial deberán tener en cuenta y aceptar las decisiones estatales.

3. La legitimación en el proceso contencioso-administrativo

Partiendo del contenido del artículo 19.1 h/ de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), al disponer que está legitimado ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo “Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes”, a lo que añadir la previsión constitucional del artículo 24.1, según el cual “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, por el profesor García de Enterría¹⁵ se apunta que, salvo en supuestos como el de

12. La STC 63/2007, de 1 de marzo, en materia de colisión entre la competencia autonómica de ordenación del territorio y la estatal de obras públicas de interés general, cita las SSTC 77/1984, de 3 de julio, puertos; 56/1986, de 13 de mayo, defensa; 227/1988, de 29 de noviembre, plan hidrológico; 149/1991, de 4 de julio, costas; 36/1994, de 10 de febrero, Mar Menor; 61/1997, de 20 de marzo, Ley de suelo; 40/1998, de 19 de febrero, puertos de interés general; 149/1998, de 2 de julio, Ley de ordenación del territorio del País Vasco; 164/2001, de 11 de julio, régimen del suelo y valoraciones; 204/2002, de 31 de octubre, aeropuertos de interés general, y 14/2004, de 12 de febrero, Ley aragonesa de ordenación del territorio [SIBINA TOMÁS, D. y ARNAL ARASA, E., “Crónica de jurisprudencia”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 15, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre de 2007, pág. 148].

13. AVEZUELA CÁRCCEL, J. y VIDAL MONFERRER, R. M.ª (coords.), *Comentarios a la Ley de suelo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 404 a 418.

14. TAJADURA TEJADA, J., “La redefinición del modelo autonómico a partir de la STC 61/1997 y el nuevo concepto de supletoriedad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, septiembre-diciembre 2006, pág. 180.

15. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 11.ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 631, y “La formación, el desarrollo y la transformación radical en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 307, mayo-agosto 2008.

la acción popular, todo administrado, para ser parte en un proceso contencioso-administrativo, necesita estar legitimado activamente, esto es, encontrarse en una determinada relación previa con un acto o disposición administrativa, que haga legítima su presencia en un concreto proceso en el que se impugna ese acto o disposición. Además, si con carácter general en el artículo 19.1 a/ LJCA se habilita la legitimación a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo, la referencia a este "interés legítimo" (STC de 17 de octubre y 30 de noviembre de 1982, y 11 de junio de 1983) parece ser más amplia que la del artículo 28 LJCA, que utiliza la expresión "interés directo", pues comprende y ampara también los intereses indirectos, de modo, asegura el profesor García de Enterría, que todo interés individual y social tutelado por el derecho indirectamente, con motivo de la protección del interés general, puede calificarse como interés legítimo sin que sea preciso que este interés sea personal (STC de 11 de junio de 1983). Así, el criterio jurisprudencial delimitador del alcance de la legitimación activa lo podemos estudiar en la STS de 23 de marzo de 2010, que siguió el fijado en la STS de 13 de noviembre de 2007, para la cual el concepto de interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 LJCA, que debe interpretarse a la luz del principio *pro actione* que tutela el artículo 24 de la Constitución (STC 45/2004, de 23 de marzo), equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar esta.

Ahora bien, no puede confundirse el interés directo con el mero interés de la legalidad, pues solo legitima en aquellos campos de la actuación administrativa en que por ley esté reconocida la acción pública (SSTS de 31 de mayo de 1990, 23 de enero de 1996, 1 de octubre de 1997, 30 de noviembre de 1998, 28 de abril de 1999, 16 de julio de 1999 y 10 de noviembre de 1999).

De manera que en materia de legitimación es criterio jurisprudencial la incuestionable exigencia de la titularidad de un interés (SSTS de 17 de julio de 1991, 22 de julio de 1997 y 5 de marzo de 2005), por lo que al regularse la legitimación se trató de huir de cualquier calificativo. No se habló de interés personal, para evitar

que quedara excluido el colectivo. No se habló de interés legítimo, para evitar que quedaran fuera de la legitimación intereses como los morales, industriales, de competencia, comercial..., pero, siguiendo al profesor González Pérez¹⁶, quedó el calificativo de "directo", tanto para demandar (interés en la anulación) como para comparecer como coadyuvante del demandado (interés directo en el mantenimiento del actor). Hecho calificado por el profesor como un desliz que, no obstante, la jurisprudencia superó haciendo caso omiso de tal apreciación.

4. La acción pública

Visto el contenido del artículo 106.1 CE: "Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican", se puso de relieve, manifestó el profesor Garrido Falla¹⁷, la trascendencia del control que ejercen los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa frente a la Administración, por cuanto dan cumplimiento al principio de legalidad como fundamento del Estado de derecho, impidiendo la arbitrariedad y declarando la conformidad al ordenamiento jurídico de cualquier función administrativa, ya que la ley obliga a todos, incluida la Administración, y esta es sujeto del derecho administrativo, no solo como su gran y primer protagonista, sino también como súbdito, pues los tribunales aplican y hacen aplicar la ley, todas las leyes, a todos los sujetos.

El sometimiento pleno de la Administración a la ley (artículo 103 CE), que los tribunales controlan (artículo 106 CE), estando, a su vez, igualmente sometidos al imperio de la ley (artículo 117 CE), supone que Administración y tribunales están sometidos a la ley, siendo estos quienes controlan la efectividad de aquella. Los ciudadanos encuentran en este triángulo la más efectiva y completa garantía de sus derechos, lo que hace, señala el profesor Betancor Rodríguez¹⁸, que sea lógico que el acto administrativo, tanto tiempo ensimismado en el poder, se despierte sobresaltado, porque ahora lo relevante no está en sí mismo, sino en el para qué de sí

16. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, tomo I, 4.ª edición, Civitas, Madrid, 2003, pág. 499.

17. GARRIDO FALLA, F., "Artículo 106", en *Comentarios a la Constitución*, 3.ª edición, Civitas, Madrid, 2001, págs. 1633 y ss.

18. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., "Revisión de la categoría de acto administrativo a la luz de la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, enero 2012, pág. 13.

mismo: sus efectos sobre los derechos e intereses de los ciudadanos. Control a la Administración que resulta básico en la dimensión del urbanismo desde el momento en que, como destaca el profesor Parejo Alfonso¹⁹, no es una cuestión marginal, pues el aseguramiento de la disciplina social en esta materia constituye una de sus claves, ya que teniendo en cuenta su vocación de efectividad así como el reconocimiento constitucional de la calidad de vida y del medio ambiente (artículo 45 CE) sobre la base de la utilización racional de los recursos naturales en general y del suelo en particular (artículo 47 CE), el incumplimiento de sus disposiciones provocará la pérdida de sentido y aun de legitimidad.

Siendo evidente que el juez no debe ni puede constitucionalmente decir lo que sea mejor para el interés general en un caso determinado, ni lo que sea “interés general” en el asunto litigioso, sí puede, apunta el profesor Meilán Gil²⁰, exigir que la Administración presente su decisión como la justa, como la más conforme con el interés general. El sometimiento al fin, la vinculación a su fin por la Administración, obliga a la adopción no de una decisión entre varias posibles, sino de la decisión que, en aquel caso concreto, se estime la más idónea para el interés general que debe servir. La no motivación, la no suficiente justificación, la errónea justificación deducida de los propios elementos de juicio, permiten al Tribunal controlar la actuación administrativa sin incurrir en extralimitación constitucional alguna. Se trata, en todo caso, de comprobar la mensurabilidad de la potestad administrativa, en lo que juega no solo la desviación del fin, sino también la congruencia y la proporcionalidad –el *quid* y el *quantum*– de la potestad ejercida. Cuando se actúa así se comprende que “juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, como apuntaba hace muchos años la Exposición de Motivos de la LJCA.

Advierte el profesor Cosculluela Montaner²¹ de que empresarios poderosos, mercados especulativos y actuaciones urbanísticas que prometen relevar a la propia Administración de cometidos a menudo complejos y costosos, son un fácil caldo de cultivo para encontrar una actitud administrativa benevolente en la acción de control del urbanismo. Por ello, el legislador, consciente de la gravedad de estos peligros, ha llamado la aten-

ción de los ciudadanos para hacerles partícipes, junto a las autoridades competentes, de la función de control del urbanismo moderno. Incapaz, por la lógica del sistema, de atacar a fondo el problema especulativo, lo que supondría yugular uno de los más claros y rentables negocios del momento –y del futuro, dada la irreversible tendencia a la concentración de la población en grandes ciudades–, el legislador no puede por menos que llamar la atención del ciudadano para que sea él quien esté especialmente alerta de los desmanes urbanísticos, que se produzcan como consecuencia de los negocios privados que se desarrollan en el marco del urbanismo.

Así, comenzando con el objeto digno de protección para adoptar medidas de tutela de la legalidad urbanística y del orden jurídico perturbado, hemos evolucionado desde el reconocimiento, en el artículo 33 CE, de la función social de la propiedad, hasta la protección del medio ambiente y otros fines ligados al mismo, como derecho colectivo, recogidos en el artículo 45 CE. Esta realidad debemos conectarla con la previsión del artículo 52 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de Disciplina Urbanística, según la cual “en ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. Las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de dichas medidas” (realidad que también encontramos en la normativa urbanística autonómica, como el artículo 37.2 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía). Así pues, sabiendo que no estamos ante una facultad sino ante una obligación legal de la Administración urbanística, cualquier ciudadano puede promover que esta instrumente medidas de protección o restauración de la legalidad urbanística infringida, y en los casos de pasividad administrativa puede solicitar de los tribunales del orden contencioso-administrativo una resolución declaratoria de haber lugar a esta protección (STS de 24 de febrero de 1997). Sin duda por el hecho de pronunciarse el legislador (tanto en la LJCA vigente como en la anterior) para constatarlo claramente, se-

19. PAREJO ALFONSO, L., “La disciplina urbanística”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pág. 2360.

20. MEILÁN GIL, J. L., “La jurisdicción contencioso-administrativa y la Constitución española de 1978”, *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Universidade da Coruña, 1998, pág. 15.

21. COSCULLUELA MONTANER, L., “Acción pública en materia urbanística”, *Revista de Administración Pública*, núm. 71, 1973, pág. 13.

ñaló el profesor Córdón Moreno²², no existen actos discrecionales puros de los que se pueda hacer una actuación al margen de elementos reglados que quede inmune, *a priori*, al control judicial. El espacio discrecional, cuya existencia y legitimidad no se discuten, por considerarse necesario para que la Administración pueda cumplir los fines de interés público que tiene asignados, se ubica, de manera indisolublemente unida a los elementos reglados, en un marco más amplio sometido a la ley y al derecho; o dicho con otras palabras, cuando el artículo 106 CE somete a la Administración a la ley y al derecho, no distingue dentro de ella dos tipos de actuaciones, según ejerza potestades regladas o discrecionales. La actuación de la Administración debe realizarse siempre dentro del marco fijado por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, por lo que debe imperar el criterio de que la actuación administrativa es siempre *a priori* justiciable.

Disponía el artículo 304.1 del derogado texto refundido de la Ley de suelo de 26 de junio de 1992 (en adelante, TRLS/1992) que “Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas”. Hoy son varios los derechos que al ciudadano reconoce el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo (en adelante, TRLS/2008), en cuya letra f/ especifica el derecho a “Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora”. Además de esta genérica previsión del artículo 4 en materia de acciones y recursos dentro del régimen jurídico del TRLS/2008 (Capítulo III del Título VI), se delimita en el artículo 48 que:

“1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

“2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística”.

Ante una posible causa de inadmisibilidad por falta de legitimación activa, al no haberse acreditado la titularidad sobre la finca a la que se refería la demanda, incumpléndose con ello lo dispuesto en el artículo 19.1.a/ LJCA, esta causa fue rechazada por la STS de 29 de mayo de 2009 (FJ 10), toda vez que en materia de urbanismo existe acción pública para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas (artículo 304.1 TRLS/1992, derogado por la Ley 6/98, de 13 de abril, siendo la actual normativa estatal el TRLS/2008), de forma que para accionar en la vía contencioso-administrativa en esta materia no es preciso demostrar relación alguna con el objeto del pleito, que es en lo que consiste la legitimación. La regla de la acción pública solo quiebra cuando lo que se ejercita es una acción de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, referida a intereses exclusivamente privados del interesado, cosa que aquí no ocurre, pues lo que se solicita es la clasificación del suelo como urbano, y esto, dada su naturaleza reglada, constituye principalmente una pretensión de cumplimiento de la legislación urbanística.

Particularmente, es destacado por el magistrado Olea Godoy²³ que el único requisito que se puede exigir al actor no es la concurrencia de “derecho o interés legítimo” afectado por un instrumento de ordenación (artículo 19.1 c/ LJCA), sino el de actuar en pro de la legalidad, el cual a su vez actuará como límite, pues, según STS de 3 de diciembre de 1996, si actuara excediéndose de la mera confrontación de legalidad del instrumento de ordenación, manifestando pretensiones personales, sí será necesario acreditar aquel derecho o interés.

Para la profesora Escudero Herrera²⁴, en la medida en que a través de la acción popular se puede preten-

22. CORDÓN MORENO, F., “El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 1, septiembre 2003, pág. 146.

23. OLEA GODOY, W. F., “Impugnación de los instrumentos del planeamiento”, en CORCHERO, M. (dir.), *Derecho urbanístico de Extremadura*, tomo I, Thompson-Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2007, pág. 661.

24. ESCUDERO HERRERA, C., “La legitimación en el proceso de ejecución contencioso-administrativo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, págs. 1759-1769.

der el restablecimiento de la situación jurídica perturbada por la Administración, ello supondría una resolución de condena a un hacer o no hacer, por lo que podrían solicitar la ejecución de dicha resolución no solo quienes instaron el proceso declarativo, sino cualquier ciudadano, en tanto en cuanto tenga interés en que la actuación de la Administración se adecue al ordenamiento (caso del artículo 8.2 de la Ley 6/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español).

Así, aunque sea en la colectividad en la que recae la acción pública, señala el profesor Blanquer Criado²⁵, así como en intereses difusos y que no tienen un titular concreto, la defensa de estos bienes jurídicos se desprende, apunta el profesor, de situaciones jurídicas individualizadas, y por ello se tiene acción procesal para ejercitar esta acción pública aunque no se tenga titularidad de un interés legítimo o derecho subjetivo. Es el supuesto de la STS de 25 de junio de 2008, que reconoció el ejercicio de la acción pública a una asociación para la conservación de espacios naturales cuando impugnó la declaración de impacto ambiental del aeropuerto de Castellón; aun cuando se produzca el efecto jurídico al ejercitar esta acción y la asociación no logre beneficio propio y personal, ello no modifica su estatuto individual, su situación jurídica individual permanece inalterable tras la sentencia, pero re protege intereses colectivos. Provocando la naturaleza de la acción pública la posibilidad, según criterios jurisprudenciales, de pedir todas las medidas que exijan el restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada, la declaración de ilegalidad de lo construido y la solicitud de demolición de lo indebidamente construido, y deducir las responsabilidades a las que haya lugar (STS de 20 de mayo de 2002, 28 de abril de 2004 y 12 de junio de 2007).

En cuanto al control de la discrecionalidad administrativa en el ámbito urbanístico, cabe recordar que la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad (STS de 11 de junio de 1991), pues la motivación de la decisión es el medio que hace posible diferenciar lo discrecional de lo arbitrario. Por lo que se refiere al control de la discrecionalidad administrativa en el ámbito urbanístico, como se indica en la STS de 21 de enero de 1997 entre muchas otras, este opera a través de la verificación de la realidad de

los hechos, valorando si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquellos. En el supuesto considerado, la Memoria justificativa de la modificación puntual no describe la realidad del ámbito que está llamado a ordenar urbanísticamente, por omitir los hechos relevantes, lo que lleva a entender que la justificación de la modificación, el ejercicio del *ius variandi* de la Administración, no es el perseguido por el ordenamiento jurídico, incurriendo en la desviación de poder proscrita en los artículos 9.3 y 103 CE, y contemplada en el artículo 70.2 LJCA, como fundamentación de una sentencia estimatoria. Destacar así la importancia que la jurisprudencia atribuye, por ello, a la Memoria de los instrumentos de ordenación urbanística (artículos 12.1.c/ y d/, 38, 58, 74.1.a/, 75, 77, 95.1, 96.1 y 97.1 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de Planeamiento Urbanístico)²⁶, que ha de reflejar en primer término las alternativas posibles, analizándolas después mediante la toma en consideración de sus ventajas e inconvenientes, para justificar, finalmente, la decisión por la que se opta. Se ha hablado, por tanto, de la necesidad esencial de la Memoria, como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad (SSTS de 9 de julio de 1991 y 13 de febrero de 1992).

Asimismo, la revisión jurisdiccional de los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento ha de descansar, en primer término, en la verificación de la realidad de los hechos, pues la existencia y las características de estos escapan a toda discrecionalidad, ya que son tal como la realidad los exterioriza; y, en segundo lugar, en la valoración de si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquellos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STS de 8 de junio de 1992).

Es doctrina jurisprudencial (SSTS de 29 de noviembre de 1995 y 10 de noviembre de 2004) que el artículo 304.1 TRLS/1992 (y antes el artículo 235.1 del texto refundido de 1976), tras afirmar que “Será pública la acción”, no exigía después ningún requisito de forma para su ejercicio, ni, más en concreto, la expresión por el accionante de que es esa y no otra la ac-

25. BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 1000 a 1002.

26. *Reglamentos de la Ley del Suelo, Vol. II. Reglamento del Planeamiento Urbanístico*, Publicaciones Abella, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 1979.

ción que ejercita; esa atribución, expresada imperativamente y no seguida de la exigencia de ningún requisito de forma, ni de ninguna otra referida a las cualidades del accionante, elimina de raíz la necesidad de prestar atención al requisito procesal de la legitimación, para pedir, tan solo, el de la capacidad de obrar procesal. Criterio al que sumar aquel según el cual el espíritu y la finalidad de la norma es incentivar la defensa del régimen urbanístico, propiciando su observancia, lo que no abona la sujeción del ejercicio de la acción pública de que se trata a cortapisa, límite u obstáculo que no imponga la norma que la regula o que no derive del resto del ordenamiento jurídico. Además, la acción pública habilita para exigir la observancia de la legislación urbanística y de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas. En definitiva, la acción es pública sin que el precepto distinga al otorgarla, ni quepa por tanto distinguir al aplicarlo, según cuáles sean los concretos contenidos normativos del régimen jurídico urbanístico cuya observancia se pretenda, a lo que hay que añadir que el efectivo destino del suelo a los usos y aprovechamientos previstos en la norma en vigor no satisface solo un interés particular o privado, sino también, por principio, el interés de la colectividad: el interés general que llevó o hubo de llevar entonces, al aprobar el concreto instrumento de ordenación urbana, a destinar aquel suelo a aquellos usos y aprovechamientos. La razón de ser de aquel artículo 304 no deja de verse, pues, cuando lo que se pretende es la observancia del régimen jurídico que disciplina la revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del municipio.

La STS de 26 de julio de 2006 (FJ 2) no permitió calificar de abusivo el ejercicio de la acción pública urbanística por no tener interés directo ni indirecto alguno, con la única finalidad de poner en evidencia una supuesta irregularidad y de perjudicar a terceros, para lo que se invocó la doctrina sentada, entre otras, en la STS de 2 de noviembre de 1989, respecto de los límites de la acción pública, que manifestó que “el ejercicio de la acción pública de la Ley del Suelo, buscando exclusivamente el daño de un tercero y no el beneficio propio o de la colectividad, constituye un abuso de derecho, determinante de la desestimación del recurso. Siempre, claro está, que la estimación no proceda por imperativos objetivos del ordenamiento urbanístico del sector”. El inciso final es suficientemente expresivo de que

el interés público es, precisamente, el respeto al ordenamiento urbanístico, y objetivamente no sería posible un “daño al propio municipio” si se defiende el ordenamiento urbanístico que se alega infringido. En este sentido, la acción pública urbanística abre la posibilidad de impugnación a cualquier persona con capacidad procesal, en defensa del ordenamiento urbanístico infringido, para exigir su observancia. En este supuesto se recurría la modificación puntual de una norma de planeamiento general, y aunque afectaba a un sector en el que no constaba que la recurrente tuviera intereses directos, ello no resultaba exigible, dice el Tribunal, para el ejercicio de una acción pública frente a la norma de planeamiento que, en principio, está llamada a ordenar urbanísticamente el territorio del municipio. Tratándose de una norma de planeamiento, que tiene la naturaleza de disposición general, aun cuando se trate de una modificación puntual, la alegación de que se persigue exclusivamente el perjuicio de un particular resulta de difícil apreciación, sin concluir previamente que la única finalidad de la modificación es atender a estos intereses particulares, y no a los generales del municipio. Y siendo así, la coincidencia en el interés prevalente de respeto a la legalidad urbanística concurriría, en línea de principio, tanto en el municipio como en quien sostiene la acción pública. Concluyendo la sentencia que el ejercicio de la acción pública urbanística no exige un ánimo “altruista” o “benéfico” en el ámbito de la intención, y en todo caso no resultaría un ejercicio abusivo de la acción pública, aunque el impulso último fuera aquel, si el eventual perjuicio que derivara de un pronunciamiento estimatorio de la acción resultara coincidente con el interés público relevante de hacer efectivo el respeto al ordenamiento jurídico urbanístico. Todo ello sin perjuicio del respeto en el ejercicio de la acción en el ámbito urbanístico, según el FJ 3 de esta misma sentencia, a los límites generales o comunes que nuestro ordenamiento jurídico impone al ejercicio de cualquier derecho, cuales son, básicamente, las exigencias de la buena fe y la proscripción del abuso del derecho.

En cuanto a la falta de legitimación prevista en el artículo 69 b/ LJCA, al disponer que la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en el caso en que se hubiera interpuesto por persona no legitimada, expone el profesor González-Varas Ibáñez²⁷ que no puede oponerse con éxito

27. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “La inadmisión del recurso contencioso-administrativo y de otros escritos y pretensiones procesales”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, enero 2012, pág. 146.

“falta de legitimación” como causa de inadmisión en caso de que la propia Administración la hubiera admitido en vía administrativa. En este sentido, se fija en la doctrina jurisprudencial según la cual la Administración no puede desconocer en vía contenciosa la personalidad reconocida en vía administrativa, aunque no sean coincidentes los términos de la legitimación en vía administrativa con los propios de la vía jurisdiccional (SSTS de 21 de enero y 3 de julio de 1991, 18 de junio de 1998, 20 de septiembre de 2004 y 17 de noviembre de 2009).

Así, puede concurrir en quien pretenda ejercitar la acción pública, según STS de 16 de febrero de 2012, la doble legitimación que permite accionar a los particulares contra los instrumentos de ordenación, esto es, de un lado, la derivada del interés legítimo subjetivo o personal, por su alegada condición de titulares de terrenos –no por haber intervenido en el procedimiento de elaboración de las Normas–, y, por otra parte, amparándose en la acción pública prevista para exigir el cumplimiento de la legalidad urbanística, cauce este en el que encaja con naturalidad la pretensión de combatir una resolución que deja sin efecto el planeamiento aprobado definitivamente.

Un supuesto habitual es determinar si una asociación ecologista, aun cuando no haya sido parte en la primera instancia donde el recurso contencioso-administrativo anuló en parte un plan general, puede personarse en fase de ejecución. Fue el caso resuelto por la STS de 23 de abril de 2010, que admitió la personación en la ejecución, en base a los artículos 103 y 104 LJCA y 4 f/ TRLS/2008, para ejercitar las acciones tendentes únicamente al exacto cumplimiento de la sentencia. Así, en su FJ 6 comenzó por apreciar el contenido del artículo 72.2, inciso primero, LJCA, disponiendo que la anulación de una disposición producirá efectos para todas las personas afectadas. Esta expresión, “personas afectadas”, se reitera, por lo que hace al caso, en los artículos 104.2 y 109.1 LJCA, para distinguir, en este último, a tales personas de las partes procesales (STS de 7 de junio de 2001). Ahora bien, este marco general ha de ser inmediatamente completado y matizado, atendido el ámbito sectorial en el que nos movemos: el urbanismo, en el que concurre la singularidad derivada del reconocimiento de la acción pública prevista en el artículo 304 TRLS/1992. A lo que añadir (FJ 7) que la trascendencia de la protección de la legalidad urbanística que ha llevado al legislador a ampliar la legitimación

que tal reconocimiento general conlleva, por lo que se refiere a su acceso a órganos jurisdiccionales (pues recordemos que tal previsión se extiende no solo a nuestro orden jurisdiccional, sino también ante los órganos administrativos), debe tener alguna consecuencia en el recurso contencioso-administrativo, tanto en la fase declarativa como en la ejecución de lo decidido. Y es que tal legitimación conferida para la protección urbanística ha de extenderse y proyectarse también, para ser consecuentes con las razones que avalan tal reconocimiento, a la fase de ejecución, en la medida en que pretenda que lo acordado en sentencia firme sea cumplido. Las mismas razones, por tanto, que permiten su presencia en el proceso para obtener una resolución judicial sobre el asunto, alcanzan a la ejecución, para hacer que efectivamente se verifique lo decidido. En consecuencia, es criterio jurisprudencial que las personas afectadas tienen la posibilidad de personarse en la ejecución cuando no han sido parte en el recurso contencioso-administrativo (STS de 7 de junio de 2005). Igualmente, puede utilizarse la acción pública como mecanismo para la protección de la legalidad en casos de edificaciones ilegales urbanísticas, toda vez que el artículo 104.2 LJCA faculta para instar la ejecución forzosa de la sentencia, sea su derribo sea su acomodación, vinculado al derecho constitucional de los vecinos a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Por tanto, dichas personas estarían también legitimadas, como consecuencia del carácter público que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la acción, para exigir la observancia de la legislación urbanística (artículos 235 de la Ley de suelo de 1976 y 304 de la de 1992). La mención que aquel artículo 104.2 LJCA hace de “las partes y personas afectadas”, circunscribiendo a unas y otras la facultad de “instar la ejecución forzosa”, no se opone a esta conclusión, pues la misma razón jurídica que lleva a otorgar legitimación a todos para exigir un pronunciamiento jurisdiccional que, en la fase declarativa del proceso, ordene la observancia de aquella legislación, permanece para otorgar esa misma legitimación ya en la fase ejecutiva, para exigir la efectiva y real observancia de la norma o normas de esa legislación cuya infracción ya se ha declarado.

Antes de señalar las limitaciones y posibilidades del titular de esta acción pública, mencionar que desde la perspectiva de la legitimación pasiva ya señaló el profesor González Pérez²⁸ que, en el proceso contencioso-ad-

28. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1994, págs. 313 y ss.

ministrativo, se trata de una legitimación cuyo valor se dirige a ser requisito de admisibilidad de la comparecencia, en la medida en que asiste a la Administración autora del acto o de la disposición impugnados.

En cuanto a las medidas cautelares, reconocida su habilitación en el artículo 129.1 LJCA, al establecer que “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”, se trata de facultar a quien litiga a través de la acción popular para que a la luz de esta presión legal solicite las disposiciones adecuadas para que se adopten medidas para garantizar la efectividad de la sentencia, esto es, apunta el profesor Rodríguez-Arana²⁹, si en el artículo 24.2 CE encontramos que “Todos tienen derecho [...] a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías”, es ahí donde encontramos el fundamento de las medidas cautelares, ya que una justicia tardíamente concedida, dice la STC 26/1983, equivale a una falta de tutela judicial efectiva. Por otra parte, si tras el fallo se realizaran actuaciones administrativas que lo contraviniesen, también podrá quien ejercita la acción pública seguir el contenido del artículo 108.2 LJCA, para instar al juez o tribunal a que proceda a reponer la situación al estado exigido por el fallo, determinando los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento. Y sin embargo, siendo esta acción pública independiente de la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo en el titular de la misma, este se verá limitado para hacer efectivo el contenido de determinados derechos reconocidos en la normativa contencioso-administrativa³⁰, como veremos a continuación.

Existen límites al ejercicio de la acción pública a la luz del contenido del artículo 25.1 LJCA, que determina que “El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”, lo que implica que

mediante la acción pública no podrán recurrirse actos de trámite que no decidan el fondo del asunto o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento. Y por estar prevista solo para los interesados, tampoco se podrá pedir que los efectos de una sentencia se extiendan a terceros (artículo 110 LJCA), ni recurrir la inactividad administrativa ni la vía de hecho por tener un interesado determinado, por disponer el artículo 29.1 LJCA que “Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”; y el artículo 30 LJCA, que, “En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo”.

En el ámbito de control a la Administración ante su inactividad, el profesor González Pérez³¹ apuntó el caso de aquella persona, legitimada por tener interés en el ejercicio de la acción pública, que pueda acudir al ente público, de conformidad con la legislación vigente, para pedirle que realice una actuación que no hace en los ámbitos de la materia urbanística, donde se pretende que vele por la disciplina urbanística: el problema ecológico, el medio ambiente o la protección del patrimonio artístico. Aquí, aunque no tenga uno ningún derecho subjetivo, en ejercicio de la acción pública, puede pedir a la Administración que realice aquello que cree que debe hacer, y en el supuesto de que en vía administrativa no lo haga, queda abierta hoy la vía contenciosa, para ir al juez y pedir: primero, que anule el acto administrativo, por supuesto denegatorio de lo

29. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 28, 2006, págs. 127-152, y “El interés general en el levantamiento de las medidas cautelares contencioso-administrativas”, *Diario La Ley*, núm. 6698, abril de 2007.

30. SALA SÁNCHEZ, P. y XIOL RÍOS, J. A., *Práctica procesal contencioso-administrativa*, vol. II, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 307.

31. GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Control jurisdiccional de la inactividad y de la vía de hecho”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 2, febrero 1999.

que pedimos; y después, la condena correspondiente. Desde esta dimensión, antes de la nueva regulación contenida en la LJCA, la postura jurisprudencial (STS de 20 de mayo de 1977) no admitía los recursos frente a vías de hecho, por no existir acto administrativo alguno y por la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta postura, sin embargo, asegura el profesor Roca Roca³², cambia con la STC 160/1991, de 18 de julio, al sentar que en la expresión “actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo”, y en otras similares con las que las leyes vigentes definen el objeto del recurso contencioso-administrativo, han de entenderse comprendidos los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos, y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho.

Por su parte, el profesor Muñoz Machado³³, al analizar la materia de la naturaleza jurídica del planeamiento, confirma la postura jurisprudencial (desde las SSTS de 8 de mayo de 1968 y 4 de diciembre de 1978) de la impugnación indirecta del plan, desde el reconocimiento, en el artículo 223 de la Ley de Régimen del Suelo, de la “acción popular” objeto de nuestro análisis, recurriendo los actos de aplicación del mismo, aunque en su día no se recurriera directamente en su contra. Debiendo destacarse que es nota característica de la acción el tratar de proteger la legalidad urbanística, incluyéndose la impugnación indirecta del planeamiento, hacia cuestiones de fondo y no formales (STSJ de Madrid, 1394/2002), pues dado que su finalidad es la preservación del ordenamiento urbanístico y no el procedimental, la finalidad de la norma es proteger al solicitante (SSTS de 17 de noviembre y 11 de mayo de 1993), con fundamento en que “Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho” (artículos 25 y 26 LJCA), y con la particularidad, apuntada por el profesor Lavilla Rubira³⁴, de que hubiera sido preferible que el legislador empleara la expresión de “disposiciones administrativas” (como hace el artículo 51 LRJPAC) o de “reglamentos” (siguiendo a la

Ley del Gobierno 50/1997), antes que la de “disposiciones de carácter general”.

La pretensión de inadmisión del recurso por carecer el demandante de legitimación, al no ser titular de ninguna relación o situación jurídica que sirviera de fundamento a su pretensión, fue inadmitida por la STS de 30 de septiembre de 2011, siguiendo la interpretación sentada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo: “Es doctrina consolidada de nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 60/1982, 62/1983, 143/1987 y 97/1991) que el concepto de interés legítimo del artículo 19.1 a/ de la LJCA de 1998 es más amplio que el de interés directo que recogía el artículo 28.1 a/ de la antigua LJCA de 1956. Ello significa [...] que existirá tal interés cuando la estimación del recurso supone para el recurrente un beneficio o ventaja o la cesación de un perjuicio, y puede ser un interés directo o indirecto, presente o futuro. Sin embargo, es necesario que sea un interés real, esto es, no meramente hipotético, y personal, ya que de no ser así estaríamos ante el simple interés general que puede derivarse de la defensa de la legalidad, interés que, en el ámbito contencioso-administrativo, no es susceptible de justificar, con carácter general, la legitimación activa, al no existir en esta jurisdicción, salvo concretas excepciones, una acción popular”.

Si con carácter general hay que señalar que es necesaria legitimación para recurrir, en el caso del ejercicio de la acción pública es doctrina jurisprudencial que la expresa invocación de actuar en ejercicio de esta acción no es exigible (SSTS de 29 de noviembre de 1995, 26 de mayo de 2003 y 10 de noviembre de 2004), toda vez que el artículo 304.1 TRLS/1992 (y antes el artículo 235.1 del texto refundido de 1976), tras afirmar que “Será pública la acción”, no exige después ningún requisito de forma para su ejercicio, ni, más en concreto, la expresión por el accionante de que es esa y no otra la acción que ejercita. Esa atribución, expresada imperativamente y no seguida de la exigencia de ningún requisito de forma, ni de ninguna otra referida a las cualidades del accionante, elimina de raíz la necesidad de prestar atención al requisito procesal de la legitimación, para pedir, tan solo, el de la capacidad de

32. ROCA ROCA, E. (dir.), La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 159-160.

33. MUÑOZ MACHADO, S., “El planeamiento urbanístico”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pág. 2156.

34. LAVILLA RUBIRA, J. J., “Objeto del recurso contencioso-administrativo”, en ARNALDO ALCUBILLA, E. y FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (dirs.), *Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2.ª edición, La Ley-El Consultor, 2006, págs. 253 a 276.

obrar procesal; porque el espíritu y finalidad de la norma es incentivar la defensa del régimen urbanístico, propiciando su observancia, lo que no abona la sujeción del ejercicio de la acción pública de que se trata a cortapisa, límite u obstáculo que no imponga la norma que la regula o que no derive del resto del ordenamiento jurídico.

Sobre la legitimación por interés, la STS de 24 de noviembre de 2010 se pronunció de manera que la legitimación activa es la consideración especial en que tiene la ley a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de un litigio concreto, en virtud de la cual, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, se hace preciso que sean esas personas las que figuren como parte actora en ese procedimiento, personas que en la generalidad de los casos son las titulares activas de la relación jurídica controvertida en el proceso. Esto es, el concepto de legitimación activa hace referencia a un título básico para el acceso a la jurisdicción, que implica relación jurídico-material entre la parte actora y el objeto procesal en atención al derecho o al interés legítimo cuya tutela se postula por aquella, constituyendo así la aptitud para ser demandante en un proceso concreto y el requisito necesario para que el órgano jurisdiccional pueda examinar el fondo del litigio.

En tal sentido, debemos dejar constancia de la doctrina resumida por el Tribunal Constitucional [SSTC 195/1992, de 16 de noviembre (FJ 2), 220/2001, de 31 de octubre, 7/2001, de 15 de enero (FJ 4), y 24/2001, de 29 de enero (FJ 3)] según la cual cuando la causa de inadmisión se funda en la falta de legitimación activa en el recurso contencioso-administrativo, nos lleva a apreciar la concesión del artículo 24.1 CE, que reconociendo el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los jueces y tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, resultando legitimadas para su ejercicio las personas físicas y jurídicas (STS de 22 de abril de 1988) desde el derecho a la tutela judicial que reconoce el artículo 24 CE (SSTC 53/1983, 147/1984 y 34/1994). Y apuntando el profesor García de Enterría³⁵ que, al no quedar la acción pública circunscrita al círculo vecinal (como se intentó en la STS de 15 de abril de 1971),

permanecerá disponible para las propias entidades públicas en relación con los actos de otras Administraciones diferentes (STS de 24 de enero de 1959), y para las corporaciones profesionales, por estar en mejores condiciones de satisfacer la necesidad de colaboración social que está en la base del reconocimiento legal de este tipo de acción. Desde este planteamiento se ha de aplicar a lo contencioso-administrativo la regla general de la legitimación por interés (ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada), de modo que para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés (STC 252/2000, FJ 3); ya que, partiendo de la doctrina constitucional (SSTC de 6 de junio de 2001 y 257/1989), el interés base de la legitimación es un interés en sentido propio, cualificado o específico, de tal forma que la anulación del acto produzca de modo inmediato un efecto positivo (obtener un beneficio) o negativo (evitar un perjuicio), actual o futuro pero cierto, presuponiendo por tanto que la resolución administrativa que se impugna repercute directa o indirectamente de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente en hipótesis, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación.

4.1. Legislación sectorial

A la luz del artículo 19 LJCA, siguiendo su análisis realizado por la STS de 16 de diciembre de 2011, el catálogo general que dibuja este precepto diferencia entre la legitimación general por la concurrencia de un derecho e interés legítimo y otro tipo de legitimaciones como la legitimación corporativa, la legitimación de las Administraciones o la que corresponde al Ministerio Fiscal. La legitimación habilita a las personas físicas o jurídicas para actuar como parte demandante en un proceso concreto, y se vincula a la relación que media entre esta y el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso. Concretamente, se condiciona primero la titularidad de un derecho o interés legítimo, cuya tutela se postula (apartado a/ del mentado artículo

35. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 4.ª edición, Civitas, Madrid, 1993, pág. 607.

19.1); pasando al estudio del caso, se alega tener un interés legítimo por la cercanía de su vivienda a una nave y por actuar en nombre de su hermana, ejerciéndose la acción pública prevista en el artículo 304 TRLS/1992. Según el FJ 6 de la sentencia, el requisito de la titularidad de un derecho o la concurrencia de un interés legítimo no resulta imprescindible en determinados ámbitos sectoriales de la actividad administrativa, en los que se permite que cualquier ciudadano pueda interponer un recurso sin ninguna exigencia adicional. Se denomina “acción popular” en el artículo 19.1.h/ LJCA, y en la mayor parte de nuestras leyes sectoriales tradicionalmente se denomina “acción pública”. Se puede señalar este reconocimiento de la acción pública en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (artículo 47); la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales (artículo 22); el derogado Decreto 833/1975, de 6 de febrero, que desarrollaba la Ley 38/1972, de Protección del Ambiente Atmosférico (artículo 16); la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, cuyo artículo 109.1 no ha sido modificado por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (artículo 22)³⁶, o la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (artículo 8.2).

Como ya sabemos, la observancia de la legalidad urbanística, prevista en el artículo 304.1 TRLS, no precisa de otra motivación ni finalidad que la mera defensa del orden urbanístico, mediante el ejercicio de una acción procesal tendente a depurar las vulneraciones normativas en que pueda haber incurrido la actuación administrativa en ese ámbito. De manera que cuando se pretende la nulidad de los actos y disposiciones que contradicen el ordenamiento urbanístico, así como la adopción de medidas que restablezcan dicha legalidad, tal pretensión resulta amparada por esta acción, sabiendo que las pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada de intereses privados se encuentran excluidas de la órbita de la acción pública. En este sentido, la STC 252/2000, FJ 2, subrayó que, pese a que determinar

quién tiene interés legítimo para recurrir en la vía contencioso-administrativa es una cuestión de legalidad ordinaria, los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales, no solo de manera razonable y razonada sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican (STC 88/1997, de 5 de mayo).

La acción popular, reconocida con rango constitucional en el artículo 125 para el proceso penal, se ha extendido por la ley (artículo 19.1.h/ de la LJCA) a la jurisdicción contencioso-administrativa, que, a su vez, se remite a una norma con rango de ley para su reconocimiento en determinados ámbitos materiales de la actividad administrativa, como el urbanismo, desde la inicial Ley de suelo de 1956 hasta el vigente texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLR/2008) (STS de 16 de diciembre de 2011).

Merece así señalarse que la acción popular es reconocida con rango constitucional en el artículo 125, estableciendo que “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los tribunales consuetudinarios y tradicionales”, lo que no es sino una expresión de la participación ciudadana en la Administración de Justicia, así como en la dimensión legal de los artículos 19.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 101 (respecto al carácter público de la acción penal) y 270 (referido a la querella) del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que supone reconocer, según el magistrado Giménez García³⁷, la legitimación de las personas jurídicas, instituciones, organismos, asociaciones o entidades privadas (asociaciones de consumidores o usuarios) para actuar como acusadores populares (SSTC 62/1983, 147/1985, 34/1994, 50/1998, 79/1999, 311/2006 y 8/2008), así como afirmar que los mismos quedan excepcionados para el

36. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, 10.ª edición, Dykinson, Madrid, 2009.

37. GIMÉNEZ GARCÍA, J., “Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, *Eguzkilore*, núm. 23, San Sebastián, diciembre 2009, págs. 320-321.

ejercicio de la acción popular por su naturaleza de configuración legal, lo que supone que el legislador ordinario puede establecer limitaciones y prohibiciones a dicho ejercicio. Así, ello no es aplicable al proceso civil (STS de 3 de mayo de 2000) ni en la jurisdicción militar (SSTC 64/1999, 81/1999 y 280/2000), añadiendo el magistrado Giménez García el reconocimiento legal de la acción popular en el ámbito de actuación del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en su artículo 48.

Asimismo, la STC 129/2001, de 4 de junio (FJ 5), excluyó con carácter general la personación como acusación popular de personas jurídicas públicas, dados los términos del artículo 125 CE. En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a los “ciudadanos”, que es concepto atinente en exclusiva a personas “privadas”, sean físicas o jurídicas, tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración Pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política.

Para la STS de 26 de febrero de 2013, como supuesto esencial de “interés público tutelado por la ley”, la acción pública penal pertenece en exclusiva al Ministerio Fiscal, conforme al artículo 124 CE. Esto arrastra una consecuencia, por cuanto ninguna Administración puede arrogarse una acción pública penal con la excusa de su posible conexión con alguna de sus competencias. El Gobierno de una comunidad autónoma puede ser competente, por ejemplo, en materia de protección del medio ambiente, pero eso no le legitima para ejercer acciones públicas penales por delito ecológico. Cuando en el ejercicio de sus competencias observa la posible comisión de un tipo penal, conforme a las normas reguladoras del procedimiento administrativo, debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, con suspensión del expediente sancionador. Una persona jurídica pública puede, en principio, ejercer la acusación particular en cuanto “ofendido” o “perjudicado” por el delito, en los mismos términos que un particular, pero no puede invocar sus atribuciones y competencias como elemento que le atribuya un interés suficiente para la personación como acusador “público”. Ni puede enmascarar esa condición, bajo la fórmula de una acusación popular reservada a los ciudadanos, pero no a las Administraciones. En definitiva, la acción popular es una concesión a la participación del pueblo en la justicia, no a la participación de más poderes en la justicia.

Será posible el ejercicio de la acción pública con cabida en la pretensión del destino del suelo, por cuanto es criterio jurisprudencial (STS de 10 de noviembre de 2004) el que configura que el efectivo destino del suelo a los usos y aprovechamientos previstos en la norma en vigor no satisface solo un interés particular o privado, sino también, por principio, el interés de la colectividad: el interés general que llevó o hubo de llevar entonces, al aprobar el concreto instrumento de ordenación urbana, a destinar aquel suelo a aquellos usos y aprovechamientos. Amparándose así, mediante la acción pública, la legitimación procesal para impugnar los planes especiales de desarrollo del sistema general portuario, de los regulados en el artículo 18 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (norma derogada que se corresponde con el actual artículo 56.2 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante).

La STC 311/2006, de 23 de octubre, al tratar la personación de la Administración en un caso de violencia de género, consideró que la personación debió admitirse, dando por buena la doctrina de la STC 129/2001, pero no tanto porque quepa interpretar restrictivamente el término “ciudadanos” utilizado en el artículo 125 CE, sino, más bien, porque siendo la acción popular un derecho de configuración legal, su extensión subjetiva depende de la normativa de desarrollo, habiendo reservado legítimamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal el acceso a este mecanismo participativo a las personas –físicas y jurídicas– privadas. En definitiva, se sostiene sencillamente que no hay habilitación legislativa general para que las personas jurídicas públicas ejerzan la acción popular, por lo que habrá de ser un concreto precepto de ley el que recoja esa opción. La STC 311/2006, confirmada y ampliada por las SSTC 18/2008, de 31 de enero, y 8/2008, de 21 de enero, confirma la constitucionalidad de las normas autonómicas atributivas de legitimación en concepto de acción popular, amparándose en que, conforme a la doctrina sentada en la STC 175/2001, de 26 de julio, la norma es expresa y ha de interpretarse conforme al principio *pro actione*, sin referencia alguna al hecho de que la ley autonómica no haya sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad.

Finalmente, señalar que el auto de 13 de marzo de 2007 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al contrastar el contenido de las sentencias 129/2001 y

311/2006, apartándose expresamente de la posición sostenida en el auto de 20 de junio de 2003, ha realizado interesantes apreciaciones. Según esta resolución, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sufrido una evolución que, sin embargo, debemos entender como inacabada, porque la sentencia no sostiene con claridad que las personas jurídico-públicas sean titulares de la acción popular. Esta afirmación no se contiene nítidamente en ella, sino que resuelve la cuestión acudiendo a una vía indirecta: se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la entidad pública si el órgano jurisdiccional correspondiente desoye, sin plantear la previa cuestión de inconstitucionalidad, un precepto legal que reconoce a su favor el ejercicio de la acción popular. Por eso, según el Tribunal Supremo, la evolución es inacabada, y buena prueba de ello es la afirmación que esta sentencia contiene, cuando manifiesta que lo razonado no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, juicio que solo podríamos realizar en caso de que la Ley que así lo estableciera fuera recurrida ante este Tribunal. Es decir, la sentencia núm. 311/2006, de 23 de octubre, no niega con la rotundidad que lo hace la sentencia núm. 129/2001, de 3 de julio, que las entidades jurídico-públicas puedan ejercer la acción popular, pero tampoco afirma que puedan hacerlo. Lo único que afirma es que si una entidad jurídico-pública ejerce una acción popular porque así lo reconoce un precepto legal (sobre cuya constitucionalidad el Tribunal Constitucional no se pronuncia), y el órgano jurisdiccional no tiene en cuenta este precepto, pero tampoco plantea una cuestión de inconstitucionalidad, entonces se causa indefensión a la entidad. Auto que habilita para llegar a estas conclusiones a la hora de regular el derecho de acción popular, y para evitar que con el uso generalizado de la acción popular se llegue a generar una “acción pública alternativa”, sabiendo que por una parte el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no permite inferir que sea posible su ejercicio por entidades públicas, primero por razones de coherencia interna del sistema, ya que si las entidades jurídico-públicas defienden, por definición, cuando actúan como acusación popular, intereses públicos y generales, para esa defensa ya se cuenta, en el proceso penal, con la figura del Ministerio Fiscal, y segundo porque los derechos del acusado podrían verse seriamente afectados, pues el acusado debería defenderse frente a dos entidades públicas, el Ministerio Fiscal y

la persona jurídico-pública, que no son ofendidas por el delito y defienden intereses similares.

Y por otra parte no puede argumentarse la posibilidad de ejercicio de la acción popular “por silencio de la ley”, al no resultar de aplicación directa el artículo 125 CE. Es preciso que la ley regule expresamente las condiciones de ejercicio de la acción conforme a la dinámica de un derecho de configuración legal, máxime cuando este incide negativamente en el derecho de defensa.

4.2. Legislación autonómica

Mencionar que el debate competencial sobre la institución de la acción popular, una vez que el artículo 149.1 CE reconoce que “El Estado tiene competencia exclusiva sobre [...] legislación procesal”, lo es “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”, no obsta, pues (STC 121/1992), para una regulación autonómica, de la que son buena muestra los preceptos siguientes: artículo 8 de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco; artículo 12.1 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña; artículo 6 de la Ley 7/2002, de 17 diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; artículo 105.1 de la Ley 5/1999, de 8 abril, de Urbanismo de Castilla y León; artículo 9.1 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra; artículo 8 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias; artículo 8.2 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla la Mancha; artículo 212 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, o artículo 7.1 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura. No obstante, siguiendo la doctrina constitucional (SSTS 71/1982, de 30 de noviembre, 83/1986, de 26 de junio, y 121/1992, de 28 de septiembre), no podrá la normativa autonómica regular una acción pública en materias donde no sea necesario para la protección de la ordenación de esa materia. Desde la perspectiva subjetiva, para el régimen catalán

no resulta en modo alguno baladí, según señaló el magistrado Táboas Bentanachs³⁸, dejar la oportuna constancia tanto del expreso y expresivo reconocimiento de la tan sentida acción pública urbanística como desde la vertiente de que la reacción administrativa no se abandona o ciñe a la Administración municipal, sino que trasciende a la Administración autonómica. Resultando preciso terminar advirtiendo, con el profesor Parada Vázquez³⁹, que si bien la “praxis” de la institución fue su utilización por los colegios profesionales de arqui-

tectos, que durante un tiempo se convirtieron en defensores celosos de la legalidad urbanística, no puede valorarse igualmente su uso por particulares cuando su empleo se comprobó contrario a la buena fe del artículo 7.1 del Código Civil, analizado por la STS de 22 de enero de 1980, al encubrir las acciones públicas vulgares (*vendettas*) entre vecinos, cuando no chantajes o coacciones, y así buscar un daño para un tercero más que el beneficio de la comunidad, como fin último de la acción pública. ■

38. TABOAS BENTANACHS, M., “Disciplina urbanística. Una visión desde el Derecho Urbanístico Sancionador de Cataluña”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 19, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2009, pág. 130.

39. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo III*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 547.

Un cambio de rumbo en las políticas de suelo y urbanísticas: la mudanza del urbanismo expansivo y el redescubrimiento de la ciudad consolidada

Judith Gifreu Font¹

Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona

1. Crisis del modelo urbanístico de expansión y nuevas oportunidades: la recuperación de la ciudad como estrategia de futuro de las políticas urbanas
2. La necesidad de una acotación terminológica de las actuaciones sobre la ciudad consolidada
3. El impulso de las políticas de recuperación urbana como instrumento dinamizador de la economía
4. El marco jurídico básico de las actuaciones sobre el medio urbano: la Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas
 - 4.1. El informe de evaluación de los edificios
 - 4.2. La ordenación y gestión de las actuaciones sobre el medio urbano
5. La influencia de la Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas en el diseño de la acción urbanística: las modificaciones introducidas en el texto refundido de la Ley de suelo
6. Unas últimas consideraciones

Resumen

El agotamiento del modelo urbanístico de urbanización y promoción de nueva vivienda que ha señoreado nuestro territorio durante más de una década, ha sido visto por los poderes públicos como una oportunidad para imprimir una nueva dirección a las políticas de uso del suelo, reemplazando la conquista de suelos vírgenes por la recomposición de suelos ya urbanizados y edificados con el fin de contribuir a la mejora integral del tejido urbano consolidado, al tiempo que se apuesta decididamente por la reconversión de un sector otrora muy dinámico, el de la construcción.

Las intervenciones sobre el medio urbano van a ser el paradigma del modelo urbanístico sostenible del siglo XXI, acorde con las exigencias europeas en materia de desarrollo urbano. La transmutación legal se ha producido de la mano del legislador estatal con la promulgación, en un corto espacio de tiempo, de una sucesión de textos que culminan con la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Esta norma ha creado un estatuto jurídico de las intervenciones en la ciudad existente, revisando toda la legislación implicada en la materia. Destaca especialmente la referida al régimen de suelo, objeto de una reforma sustancial que deberá tener su continuidad en la legislación autonómica, porque de lo que estamos hablando, en el fondo, es de un nuevo estilo de hacer urbanismo.

Palabras clave: *urbanismo expansivo; desarrollo urbano sostenible; rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; régimen de suelo; vivienda.*

1. Miembro del Grupo de Investigación de la Generalitat de Cataluña sobre Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad, y del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT).

A change of course in urban and soil policies: the reassessment of expansive urbanism and the rediscovery of the consolidated city

Abstract

Public authorities have approached the exhaustion of the urban model and the construction of new housing which have been present in our territory for more than one decade as an opportunity. They have replaced the exploitation of new soils for the restructuration of the already urbanized and build with the goal of improving the consolidated urban soil. At the same time, they have resolutely promote the restructuring or conversion of the construction sector which was very dynamic in the past.

The interventions in the urban environment are going to be the paradigm of the urban model of the twenty-first century pursuant the European demands in the field of the sustainable urban development. This change has been occurred in a short period of time through successive statutes until the enactment of Law 8/2013, of 26 June 2013, regarding urban rehabilitation, regeneration and renovation. This statute has established a legal framework for interventions in the existing city and has reviewed all the legislation in this field. Notably, is remarkable the far-reaching reform regarding the legal framework of the soil which should be deepened by the Autonomous Communities legislation. At the end, we are talking about a new way of doing urbanism.

Keywords: *expansive urbanism; sustainable urban development; urban rehabilitation, regeneration and renovation; legal framework of the soil; housing.*

1. Crisis del modelo urbanístico de expansión y nuevas oportunidades: la recuperación de la ciudad como estrategia de futuro de las políticas urbanas

Las fronteras entre disciplinas jurídicas que antes conformaban compartimentos estancos (ordenación del territorio, urbanismo, vivienda) ya hace tiempo que se desdibujan a marchas forzadas, fundamentalmente por la influencia transversal del medio ambiente, que le permite proyectarse sobre todas ellas y ofrecer respuestas integradas que aportan coherencia a la acción del legislador interno cuando aborda la problemática que se deriva de la “cuestión urbana”². Cuestión, por cierto, en la que la Unión Europea tiene cada vez más que decir, aunque, paradójicamente, no se le atribuyan competencias en materia de coordinación de la política urbana. Su contribución se materializa indirectamente, a través de

directrices y consideraciones de contenido ambiental que se incorporan –por mor de sus directivas, pero también por el influjo de sus comunicaciones, recomendaciones y dictámenes– a las políticas de planificación urbana de los Estados miembros, como sucede con la evaluación ambiental de planes y proyectos y, más recientemente, con los requisitos de eficacia energética de edificios y de sus elementos. En un principio, la Unión Europea penetró en las cuestiones urbanísticas de la mano de las políticas ambientales con el fin de desarrollar unos principios generales que impulsaran una estrategia de preservación del recurso natural suelo³, pero con el tiempo ha ido adoptando una perspectiva más global, haciéndose eco de la problemática de los sistemas urbanos y replanteándose sus actuales patrones de organización y desarrollo, bajo la impronta de la sostenibilidad ambiental, la cohesión económica y social, la competitividad y el fomento de la calidad de vida⁴. Y

2. Las cuestiones en materia de vivienda que tienen acomodo en la legislación urbanística son cada vez más abundantes, y viceversa. La misma confusión material se produce entre el urbanismo y la ordenación del territorio. En la actualidad, Cataluña está estudiando la preparación de una nueva ley que aúne ambas disciplinas en un único texto legal.

3. *Carta Europea del Suelo*, Declaración de Estrasburgo, 1972.

4. La nueva orientación se plasma en numerosos documentos: *Libro Verde sobre Medio Ambiente Urbano*, 1990; *Europa 2000: perspectivas de desarrollo del territorio de la Comunidad*, 1991; *Carta Urbana Europea*, 1992; *Carta de Aalborg*, 1994; *El Desarrollo Urbano y la Unión Europea*, 1995; *Hacia una Política Urbana para la Unión Europea*, 1997; *Marco de Actuación para el Desarrollo Urbano Sostenible en la Unión Europea*, 1998; *Estrategia Territorial Europea*, 1999; *Carta de Hannover*, 2000; *Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano*, 2001; *Carta de Leipzig sobre Ciudades Europeas Sostenibles*, 2007; *La dimensión urbana de las políticas de la Unión Europea*, 2010; *Ciudades del mañana. Retos, visiones y caminos a seguir*, 2011, entre otros, amén de multitud de proyectos específicos financiados con fondos europeos.

aunque el colapso económico y financiero que ha sacudido nuestro país ha sido determinante para descubrir “de sopetón” las virtudes de un *urbanismo austero*⁵, que no consume suelo y aprovecha el patrimonio existente, a poco que nos fijemos podremos concluir que esta reorientación urbanística se hubiera producido igual, aunque más tardíamente y de manera mucho más sutil y pausada, merced a unas políticas –europea y estatal– que cada vez toman más cartas en el asunto del desarrollo urbano sostenible⁶.

El modelo de desarrollo urbanístico disperso basado en el “hacer ciudad”, y auspiciado por la normativa liberalizadora de suelo de mediados de los años noventa del siglo pasado, se fundamentó en el *protagonismo de la iniciativa privada –propietarios y no propietarios–*, aun cuando el control y dirección del urbanismo, en su condición de función pública, se detraían de los mecanismos de mercado (STC 164/2001, de 11 de julio)⁷. Los elevados márgenes de beneficio generados por los procesos de transformación urbanística mediante actuaciones de nueva urbanización garantizaron el mantenimiento de ese protagonismo, contribuyendo, a su vez, a convertir el sector inmobiliario en uno de los principales motores de generación de riqueza del país. Ello propició un patrón de crecimiento territorial orientado al mercado, sobrealimentado por un marco regulatorio que articulaba estrategias más competitivas respecto de etapas anteriores para potenciar el papel del sector privado⁸. Al amparo de esta normativa, las actuaciones sistemáticas en su modalidad privada de compensación, y, en menor medida, en su modalidad mixta de cooperación concesionada, brillaron con luz propia en la ejecución de proyectos de nueva urbaniza-

ción. Sin embargo, no ocurrió lo mismo en el entorno urbano, en la ciudad, donde el activismo privado ha refulgido con muy poca intensidad.

A pesar de su potencial, las actuaciones urbanas, focalizadas en áreas residenciales obsoletas, vulnerables y desfavorecidas, han constituido *la excepción a la norma general de desarrollo urbanístico extensivo* (expansión discontinua en baja densidad), y cuando el sector privado ha participado en ellas lo ha hecho pertrechado con el apoyo financiero de las Administraciones. Las intervenciones sobre la trama urbana consolidada son mucho más complejas que las de nueva urbanización, por su incierta viabilidad técnica y económica, y, especialmente, porque requieren *políticas integradas* procedentes de distintos campos (económico, cultural, educativo, ambiental, laboral, social, etc.)⁹ y la participación activa de la población residente. Desde el punto de vista urbanístico, estas operaciones, vinculadas estrechamente a las demandas ciudadanas de mejora de la calidad de vida urbana, entre ellas el acceso a vivienda protegida, no son atrayentes para la iniciativa privada. En estos casos, el intervencionismo de los poderes públicos –en sustitución del mercado– deviene fundamental, ya sea mediante la gestión directa o indirecta de actuaciones, subsidiando préstamos convenidos, otorgando subvenciones o a través de medidas incentivadoras de carácter fiscal. Promover la rehabilitación del parque edificado que se encuentra en un deficiente estado de conservación, así como la regeneración y renovación del tejido urbano existente, es una tarea que incumbe a las Administraciones Públicas, por cuanto les corresponde garantizar las *condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho cons-*

5. La terminología es prestada de DEAS, I. y DOYLE, J., “Building community capacity under ‘austerity urbanism’: stimulating, supporting and maintaining resident engagement in neighbourhood regeneration in Manchester”, *Journal of Urban Regeneration & Renewal*, núm. 4, vol. 6, 2012-13.

6. MENÉNDEZ REXACH, A. destaca que la regeneración urbana no es una opción política, sino una exigencia del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, en “Instrumentos jurídicos para la renovación urbana”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 270, diciembre 2011, p. 14.

Aunque el liderazgo europeo para trabajar por el desarrollo sostenible de las ciudades no violenta la competencia urbanística doméstica, en algún caso, como en el conflicto planteado por el modelo urbanístico valenciano con fundamento en una presunta violación de las directivas europeas de contratación pública (resoluciones del Parlamento Europeo de diciembre de 2005, junio de 2007 y marzo de 2009), el impacto de su normativa puede saldarse con la rectificación del marco normativo y de las políticas urbanísticas internas.

7. La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, acometió una cierta privatización y desregulación del urbanismo, imponiendo a los poderes públicos la obligación de facilitar y promover la iniciativa privada en ese ámbito (artículo 6). Este proceso ha generado abundante literatura jurídica, entre la que puede consultarse PAREJO ALFONSO, L., *Reivindicación del urbanismo. Liberalización del suelo al servicio del interés general*, Instituto Pascual Madoz, 1997.

8. BASSOLS COMA, M., “Iniciativa privada y gestión urbanística: sistemas de actuación, agente urbanizador y convenios urbanísticos”, *Revista Urbanismo y Edificación*, núm. 5, 2002, p. 16.

9. Por ejemplo, muchas actuaciones en la ciudad consolidada requieren el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyen su residencia habitual, a los que se debe garantizar el derecho de realojamiento, y, cuando sea posible, también el de retorno.

titucional a una vivienda digna y adecuada (artículo 47.1 de la Constitución española)¹⁰, así como el *fomento de un medio urbano sostenible e integrador*. Y aun cuando la prioridad actual sea la recuperación de áreas residenciales degradadas, las políticas urbanísticas deben orientarse a la ciudad en su conjunto: la regeneración y renovación urbanas no deben identificarse exclusivamente con la intervención en áreas deprimidas o vulnerables, como parte de una estrategia preventiva para evitar caer en un ciclo de deterioro y marginalidad. En cualquier caso, el compromiso de los poderes públicos es hoy más imperioso que nunca, puesto que si incluso en los momentos del *boom* urbanístico solo un menguado número de operaciones de revitalización urbana (fundamentalmente las de rehabilitación edificatoria) generaban plusvalías considerables, ahora, cuando los sectores inmobiliario y de la construcción se encuentran en horas bajas y con serias dificultades para acceder al crédito, los inconvenientes adquieren una dimensión mayúscula. No obstante, se-

ría deshonesto omitir el hecho de que, en medio de tanto proceso de artificialización de suelo virgen y construcción de nueva vivienda, algunas comunidades autónomas (Cataluña, Islas Baleares) promovieron iniciativas muy ambiciosas en el corazón de sus ciudades para proporcionar entornos más atractivos e insuflar bienestar económico y social, a partir de la “deconstrucción” de áreas urbanas deterioradas y obsoletas. Lamentablemente, muchas de estas iniciativas públicas, sustentadas en esencia por medidas de contenido económico, han quedado aparcadas en un rincón a la espera de tiempos más propicios¹¹.

En un contexto de crisis económica, la regeneración urbana constituye *una alternativa ambiental y económicamente sostenible* frente a las políticas de expansión y crecimiento, que no hace tanto tiempo dominaban el panorama urbanístico español y que han dejado una huella indeleble en nuestro territorio. Millones de hectáreas de suelo preparado para acoger crecimientos urbanísticos que no precisamos, y miles de viviendas sin

10. El artículo 2.4 del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, establece que el suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Sin embargo, la coyuntura inmobiliaria que ha dominado el escenario económico de las últimas décadas ha dado al traste con la posibilidad de que las clases sociales con menor poder adquisitivo puedan acceder con normalidad a una vivienda en propiedad o en régimen de alquiler, o incluso, en caso de ostentar la propiedad de una vivienda, que puedan mantenerla en condiciones adecuadas de seguridad y habitabilidad. La crisis económica ha agravado la situación, por la precariedad laboral y las restricciones para acceder a créditos hipotecarios. Sobre el derecho a la vivienda, *vid.*, por todos, GARCÍA MACHO, R., “Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de la libertad”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 38, 2009.

11. En Cataluña, las actuaciones de regeneración urbana en las zonas centrales o periféricas han recibido un tratamiento específico en la Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial, desarrollada por el Decreto 369/2004, de 7 de septiembre. En virtud de esta legislación, los municipios con áreas urbanas donde se manifiestan, entre otros, problemas urbanísticos importantes (regresión urbanística, crecimiento o pérdida excesiva de la población, falta de dotaciones, urbanización marginal, etc.) pueden formular un plan de mejora urbana para ejecutar actuaciones de rehabilitación integral financiadas parcialmente por la Generalitat a través del Fondo de Fomento del programa de barrios y áreas urbanas de especial atención, que contribuye al presupuesto global del proyecto en un porcentaje del 50 al 75 %.

Son actuaciones susceptibles de financiación la mejora del espacio público y la provisión de espacios verdes; la rehabilitación y el equipamiento de partes comunes o colectivas de edificios; la provisión de equipamiento de uso colectivo; la incorporación de las tecnologías de la información en los edificios; el fomento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, particularmente con respecto a la eficiencia energética, el ahorro en el consumo de agua y el reciclaje de residuos; la equidad de género en el uso del espacio urbano y de los equipamientos; el desarrollo de programas que se traduzcan en una mejora del barrio a nivel social, urbanístico y económico, y la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas. La construcción y la rehabilitación de viviendas quedan excluidas de la financiación, a menos que se trate de elementos colectivos o comunes de los edificios que no formen parte del parque público de vivienda de la Generalitat. Para una visión analítica de la Ley, puede consultarse NEL·LO, O., “Contra la segregación urbana y por la cohesión social: la Ley de barrios de Cataluña”, en YÁÑEZ, G. et al. (eds.), *Territorialidad y buen gobierno para el desarrollo sostenible. Nuevos principios y nuevas políticas en el espacio europeo*, Universidad de Valencia, 2007.

En aplicación de esta normativa, el Gobierno de la Generalitat ha promovido desde 2004 siete convocatorias de ayudas a la rehabilitación integral de barrios, de las que se han beneficiado 94 municipios y 117 proyectos de rehabilitación. El plan de ajustes del Gobierno ha conllevado que la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras, condicione la convocatoria de ayudas a la disponibilidad del Fondo de Fomento del programa de barrios y áreas urbanas de especial atención.

También la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, establece importantes medidas para promover la conservación y rehabilitación de viviendas, entre ellas la delimitación de *áreas de conservación y rehabilitación*, con el fin de promover la rehabilitación de edificios en zonas especialmente degradadas, o de evitar procesos que puedan conllevar riesgos para la cohesión social. El acuerdo por el que se declara el área de conservación y rehabilitación lleva implícita la declaración de utilidad pública de las actuaciones y la ocupación de los terrenos e inmuebles afectados a los fines de la expropiación y de imposición de servidumbres o de ocupación temporal de los terrenos, si las circunstancias concurrentes –necesidades, recursos económico-financieros, colaboración de la iniciativa privada, etc.– justifican la conveniencia de recurrir a la expropiación.

estrenar esperando un comprador que llame a la puerta, constituyen el saldo de la resaca que ha seguido al otrora llamado “milagro económico español”. Y así, llegado el momento de otear nuevos horizontes urbanísticos, el Ejecutivo estatal ha constatado que, si bien la producción de nueva ciudad contaba con un grueso colchón jurídico-urbanístico, las intervenciones en los espacios urbanos al objeto de mejorar el parque de vivienda y reequipar dotaciones y servicios habían recibido una atención legislativa escasa y disgregada, que se había materializado casi exclusivamente en las medidas de fomento de los sucesivos planes de vivienda.

El paquete de medidas reformistas lanzado recientemente por el Ministerio de Fomento para consolidar el viraje, que ya había principiado en normas anteriores, de las políticas tradicionales de urbanismo y vivienda hacia opciones más acordes con los tiempos que corren y con las necesidades reales de la sociedad civil, persigue, a partes iguales, garantizar un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano¹² y contribuir a la reconversión económica del sector de la construcción, estructuralmente debilitado, aprovechando las oportunidades que ofrecen las intervenciones de mejora de las áreas urbanas consolidadas¹³. En efecto, la apuesta inequívoca del Gobierno central por el diseño e implementación de una estrategia política de base urbanística pero integradora de otros muchos aspectos, que focaliza de nuevo su atención en la ciudad, es vista por todos los actores implicados (poderes públicos, sector de la construcción, ciudadanía) *como una oportunidad para solventar las perniciosas consecuencias de las deficiencias –estructurales unas, coyunturales otras– que se aprecian en materia de suelo y vivienda* (políticas de regeneración urbana hipotróficas, dificultad de acceso a la vivienda, carencia de un parque residencial de vivienda en alquiler, caída en picado de la actividad constructiva, restricción al crédito hipotecario y sobreendeudamiento de las familias, entre otras).

Las actuaciones previstas en el Programa Nacional de Reformas gravitan sobre dos ejes centrales, que

son el fomento del mercado de vivienda en alquiler –concentrando las ayudas entre los colectivos más vulnerables– y la mejora y revitalización del entorno urbano, y se desgranán en un conjunto de normas dictadas con escasos meses de diferencia: la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas; la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; el Plan estatal de fomento del alquiler de viviendas, rehabilitación, regeneración y renovación urbanas 2013-2016, aprobado mediante el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril (en adelante, Plan Estatal de Vivienda 2013-16), y el Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios. La finalidad de este artículo no es otra que analizar el contenido de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (en adelante, L3R), en la medida en que esta disposición legal pasa a convertirse desde ahora en la piedra angular de la regulación jurídica de las actuaciones sobre el tejido urbano de nuestros pueblos y ciudades.

No es este el momento ni el lugar para entrar en disquisiciones formales, puesto que lo que se pretende es el análisis de la cuestión sustantiva, pero no por ello debemos dejar de aludir a la *dudosa competencia del Estado para dictar normativa en materia de rehabilitación urbana*, asunto que atañe a la L3R pero que se remonta también a sus antecedentes normativos más cercanos: la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (en adelante, LES), y el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (en adelante, RDL 8/2011)¹⁴. La competencia autonómica en las materias de urbanismo y vivienda, obliga al Estado a justificar su injerencia en las mismas mediante el recurso a títu-

12. El Preámbulo de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, resalta especialmente la necesidad de asumir las exigencias europeas sobre eficiencia energética de los edificios, fomentando la calidad, la sostenibilidad y la competitividad tanto en la edificación como en el uso del suelo.

13. La Ley 8/2013 considera que los mecanismos ideados para fomentar las intervenciones en las urbes pueden alentar el camino hacia la recuperación económica, contribuyendo a la reconversión y reactivación de sectores tan relevantes para el desarrollo de la economía española como el inmobiliario y de la construcción y el turístico.

14. Buena parte de las disposiciones contenidas en la L3R tienen su origen en determinados preceptos derogados de la LES (artículos 107 a 111) y del RDL 8/2011 (artículos 17 a 25), convirtiéndose el redactado de la L3R en una versión revisada y mejorada de estos. Por tal motivo, las vulneraciones competenciales que haya podido cometer el Estado en relación con la L3R son igualmente predicables de las dos normas de 2011. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en los dictámenes del

los competenciales propios (SSTC 152/1988, de 20 de julio; 61/1997, de 20 de marzo; 36/2012, de 15 de marzo, y 170/2012, de 4 de octubre). Así pues, de conformidad con la Disposición final decimonovena, el legislador estatal señala que la L3R tiene el carácter de *legislación básica al amparo de la competencia estatal en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica* (artículo 149.1.13.º de la Constitución española), además de otros títulos específicos vinculados a preceptos concretos¹⁵. Estamos ante un título competencial que en los últimos tiempos, bajo los efectos de una fuerte crisis económica y financiera, ha llevado al Estado a vincular la economía con casi cualquier sector de actividad, justificando de esta manera la incursión de la normativa estatal en el ámbito jurídico autonómico (venta ambulante, horarios comerciales, energía, agricultura, costas...). La doctrina constitucional ha interpretado el alcance de esta competencia, reconociendo su carácter transversal y permitiendo que se proyectara sobre diversos campos o materias de competencia autonómica, *siempre que el fin perseguido responda efectivamente a un objetivo de planificación económica* (STC 225/1993, de 8 de julio). De tal manera, el radio de acción del artículo 149.1.13.º no puede extenderse hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica, sino únicamente aquellas que posean *una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general* y que requieran una actuación unitaria en el conjunto del Estado. Sin ese lí-

mite, es claro que la *vis expansiva* de esa competencia reservada al Estado conduciría a la “ablación total”¹⁶ de las competencias más específicas, esto es, las autonómicas (SSTC 186/1988, de 17 de octubre; 133/1997, de 18 de julio; 21/1999, de 25 de febrero; 45/2001, de 15 de febrero; 124/2003, de 19 de junio; 111/2012, de 24 de mayo; 135/2012, de 19 de junio, y 143/2012, de 2 de julio). Así las cosas, el título competencial que el Estado invoca como fundamento de la L3R matiza o condiciona la exclusividad de las competencias en materia de urbanismo y vivienda (SSTC 59/1995, de 17 de marzo; 61/1997, de 20 de marzo, y 112/2013, de 9 de mayo), posibilitándose, por ejemplo, que el Estado desarrolle actividades de fomento en el ámbito de la vivienda por la conexión del mercado inmobiliario con la economía nacional (STC 152/1988, de 20 de julio)¹⁷. Con todo, el Estado ha de mantenerse dentro de los límites de su competencia, “lo vedado es, pues, la utilización de técnicas e instrumentos urbanísticos para la consecución de objetivos que se dicen vinculados a las competencias estatales pues, en estos casos, no nos encontramos en el ejercicio de dichas competencias” (STC 170/2012, de 4 de octubre), de modo que deberá valorarse si, a pesar de su trascendencia económica –que no se discute–, las actuaciones reguladas en la L3R constituyen mecanismos sustantivos de la planificación económica capaces de desplazar la competencia autonómica, o suponen un exceso competencial del Estado.

Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña núms. 6/2011, de 20 de mayo, 8/2011, de 27 de septiembre, y 9/2013, de 8 de agosto. El alto órgano consultivo concluye por tres veces, con fundamento en los mismos argumentos, que se han vulnerado las competencias autonómicas en materia de urbanismo y vivienda. A su tenor, la Generalitat ha interpuesto los recursos de inconstitucionalidad núms. 6596-2011 y 1886-2012, que aún no han sido resueltos por el Tribunal Constitucional, y ha anunciado recientemente la presentación de un nuevo recurso, esta vez contra la L3R.

15. Otros títulos competenciales invocados por el Estado son la regulación de las condiciones básicas de igualdad de los derechos y deberes constitucionales (149.1.1.º); legislación procesal (149.1.6.º); legislación civil (149.1.8.º); bases de la ordenación del crédito, banca y seguros (149.1.11.º); Hacienda general y deuda del Estado (149.1.14.º); bases y coordinación general de la sanidad (149.1.16.º); bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, legislación sobre expropiación forzosa, sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas y legislación básica sobre contratos (149.1.18.º); control del tránsito y transporte aéreo (149.1.20.º); legislación básica sobre protección del medio ambiente (149.1.23.º), en este caso urbano; bases del régimen energético (149.1.25.º), y regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales (149.1.30.º). Para el análisis de los posibles vicios de competencia, me remito a los citados dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.

16. Voto particular del magistrado Rubio Llorente a la STC 152/1988.

17. La STC 152/1988 señala que “[...] dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector. Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda, y en particular dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su muy estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo”.

2. La necesidad de una acotación terminológica de las actuaciones sobre la ciudad consolidada

Remodelación, rehabilitación, regeneración, revitalización, restauración, saneamiento, reforma, mejora y renovación son algunos de los términos utilizados en el derecho positivo para dar nombre a las intervenciones urbanísticas acometidas en la ciudad existente. El antecedente de todas ellas es la *reforma interior* que alteró la morfología urbana de las urbes españolas, mejorando su funcionalidad y la calidad de vida de la población residente. Junto con las de ensanche, las operaciones de reforma interior se desarrollaron a partir de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX en los cascos antiguos de muchas ciudades. Esta técnica urbanística quería erradicar los efectos del crecimiento urbano espontáneo (hacinamiento y malas condiciones de vida de la población, degradación e insalubridad de los inmuebles) mediante una reforma orientada a finalidades higienicistas y de mejora de la movilidad. Para ello, se demolieron edificios, que se sustituyeron por otros más modernos y ventilados, y se rectificó la alineación viaria con la apertura de grandes vías de comunicación y calles amplias y rectilíneas, reemplazando el trazado tortuoso de la ciudad medieval. La Ley de suelo de 1956 adoptó esa nomenclatura para identificar los instrumentos de planeamiento que a partir de entonces se ocuparían del casco urbano, los planes especiales de reforma interior, más conocidos por su acrónimo (PERI)¹⁸, cuyo objeto era “sanear barrios insalubres, resolver problemas de comunicación o de estética, mejorar servicios públicos o realizar otros fines semejantes”, y, ya en los textos refundidos de la Ley de suelo de 1976 y 1992, la “descongestión, creación de

dotaciones públicas y equipamientos comunitarios, saneamiento de barrios insalubres, resolución de problemas de circulación o estética y mejora del medio ambiente o de los servicios públicos u otros fines análogos” (artículos 23 y 85, respectivamente)¹⁹. Para los operadores jurídicos, la ciudad, entonces, se *reforma interiormente*. Después, ha sido la normativa urbanística la encargada de fijar y dar contenido a las actuaciones y los instrumentos de ordenación responsables de intervenir en la trama urbana, manteniéndose o no, a criterio del legislador autonómico, la denominación tradicional. Y es cuando los vocablos que aluden a las intervenciones en la ciudad ya hecha se multiplican como los panes y los peces, contagiando también al legislador estatal.

Efectivamente, la uniformidad de antaño es sustituida en las normas estatales por un marasmo de conceptos, entre los cuales el más omnipresente es el de la “rehabilitación”. Este vocablo ha sido utilizado por la normativa sectorial en más de un sentido, ya que ha sido empleado confusamente para sustantivar *cualquier actuación intervencionista en la ciudad existente*, tanto las limitadas a restablecer las condiciones de uso de los inmuebles (rehabilitación aislada) como las proyectadas sobre el espacio urbano, inmuebles incluidos, mediante intervenciones aisladas o por ámbitos completos (rehabilitación integrada)²⁰. Esta palabra aparece sola unas veces y acompañada otras, dando a entender el legislador, y confirmando tácitamente la dicción legal, que la rehabilitación equivale estrictamente a una intervención residencial aislada (consistente en volver a dar funcionalidad a los edificios, restituyéndolos a su antiguo estado), y que, por ello, al tratar con intervenciones integrales sobre la trama urbana, es menester completar el espacio definitorio con otro u otros términos²¹. Así ocurre, por

18. Para más información, puede acudir a VICENTE DOMINGO, R., *Los planes de reforma interior. Evolución histórica y regulación en el derecho valenciano*, La Ley, 2010.

19. En ambos textos legales se regulaban también los planes de mejora del medio urbano, enfocados a la modificación del aspecto exterior de las edificaciones, sus características arquitectónicas y su estado de conservación.

20. La visión integrada de la rehabilitación fue promovida por el Consejo de Europa a través de la Campaña Europea del Renacimiento de la Ciudad de 1980-1981, y adoptada en España mediante el Real Decreto 2555/1982, de 24 de septiembre, sobre áreas de rehabilitación integrada (ARI). Posteriormente, se regula en la legislación de patrimonio histórico español, mediante la Ley 16/1985, de 25 de junio.

Autores como GARCÍA GARCÍA, M. J. han distinguido entre ambas tipologías rehabilitadoras, aislada e integrada (“Desarrollo urbano sostenible versus crecimiento descontrolado: una vuelta a la rehabilitación urbana”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 33, 2008, p. 225).

21. En el texto refundido de la Ley de suelo de 1992, la rehabilitación se entiende como un deber básico de la propiedad (artículo 21), conectado a la realización de obras en los edificios. El texto refundido de 1976 y su Reglamento de planeamiento de 1978, en cambio, no utilizan este concepto, y se refieren exclusivamente a los deberes de conservación y mejora (artículos 181 y 10, respectivamente).

ejemplo, con la LES. Con permiso de los planes plurianuales de vivienda, es en esta norma donde el legislador estatal retoma con decisión las actuaciones sobre el medio urbano, configurando normativamente su contenido. Consideradas un sector de interés prioritario, las “*actuaciones de rehabilitación y renovación urbanas*” se definen legalmente como todas aquellas que, con el objetivo de conseguir uno, algunos o todos los propósitos de las políticas públicas para un entorno urbano sostenible (los contemplados en el artículo 107: calidad ambiental, acceso equitativo a servicios, localización de actividades generadoras de empleo y sostenibles ambientalmente), conllevan *la reforma de la urbanización o de las dotaciones y la rehabilitación de edificios, especialmente los de uso residencial*, en las zonas urbanas que sufren *procesos de obsolescencia o la degradación del tejido urbano y/o del patrimonio arquitectónico*, especialmente cuando una parte significativa de la población residente muestra dificultades específicas por razones de edad, discapacidad, empleo, insuficiencia de ingresos medios u otras causas análogas (artículo 110.1).

El RDL 8/2011 es, conceptualmente, un poco más conciso, y prevé tres tipos de acciones sobre el medio urbano bajo el título genérico de *actuaciones de rehabilitación*. Como se ve, aquí la rehabilitación aglutina toda intervención que se produzca sobre el tejido urbano. Dos de estas actuaciones de rehabilitación constituyen intervenciones edificatorias (conservación, mejora) y forman parte del deber legal de conservación de la propiedad²². La tercera, las *actuaciones de regeneración urbana*, vienen a complementar las enunciadas en la LES y se definen como las que, con arreglo al artículo 110 de dicha Ley, se desarrollan en *ámbitos urbanos vulnerables, obsoletos o degradados, incluyendo tanto*

la urbanización y las dotaciones como los edificios. Su finalidad es el cumplimiento de los principios de cohesión social y territorial, eficiencia y complejidad funcional al servicio de un medio ambiente urbano sostenible (artículo 17).

La L3R –lo mismo que el Plan Estatal de Vivienda 2013-16, que la complementa– ya *identifica expresamente* las actuaciones de rehabilitación con la actividad vinculada al mantenimiento de la edificación. Esta norma afina el criterio del RDL 8/2011, y al ocuparse de las *actuaciones sobre el medio urbano* distingue entre las edificatorias (rehabilitación) y las integrales (regeneración y renovación). Así pues, a) son obras de rehabilitación edificatoria las que se ejecutan cuando existen situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones²³, y b) son obras de regeneración y renovación urbanas las que afectan tanto a edificios como a tejidos urbanos, pudiendo incluir obras de nueva edificación en sustitución de edificios previamente demolidos (artículo 7.1)²⁴. La rehabilitación se refiere a las intervenciones limitadas a los edificios, a lo que alcanza el deber de la propiedad sobre terrenos, instalaciones, construcciones y edificaciones (artículo 9 del TRLS, al referirse al deber de realizar trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber de conservación); sin embargo, cuando las actuaciones desbordan los límites de la propiedad para adentrarse en el espacio público, cuando suponen su transformación urbanística, en terminología de la legislación de suelo, estamos ante actuaciones de regeneración o renovación. Estos conceptos son ampliamente utilizados en el mundo anglosajón. Mientras que la literatura norteamericana es más proclive a referirse a estos procesos como *urban renewal*, en Gran

22. Las actuaciones de conservación comprenden las reparaciones y obras necesarias para mantener un inmueble en las condiciones de habitabilidad, seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato que exige la normativa aplicable.

Las actuaciones de mejora –vinculadas a la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano– comprenden las que, con arreglo al artículo 111 de la LES, se llevan a cabo por razones turísticas o culturales, o, en general, por razones de calidad y sostenibilidad del medio urbano, cuando los inmuebles forman parte de un plan, programa o instrumento jurídico de rehabilitación aprobado previamente, el objeto del cual es garantizar la seguridad, salubridad, accesibilidad, reducción de emisiones e intrusiones contaminantes de todo tipo y de agua y energía, y, en particular, que se cumplan todos o algunos de los requisitos básicos establecidos en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, y en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.

23. *Vid.* el artículo 2.4 del Código Técnico de la Edificación.

24. El artículo 14 del TRLS define las actuaciones de transformación urbanística y las actuaciones edificatorias, y, en función de su alcance, las actuaciones previstas en la L3R podrán acogerse a uno u otro régimen.

En relación con las actuaciones edificatorias (incorporadas por la L3R al TRLS), *vid.* el artículo 2.2.b) de la Ley de ordenación de la edificación, que amplía el concepto de edificación aún más si cabe (en su dicción anterior abarcaba obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación), para incluir *todas* las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica.

Bretaña se maneja la expresión *urban regeneration*²⁵ para dar cuenta del “conjunto de actuaciones que persigue la reversión de la decadencia económica, social y física de áreas urbanas cuando las fuerzas del mercado no pueden lograrlo sin apoyo del Gobierno”²⁶. Todas esas operaciones tienen un denominador común y es su carácter multidisciplinar e integrador de “aspectos de naturaleza social, económica, física, sostenible, demográfica, económica y colaborativa”^{27,28}.

A tenor de la Ley, las actuaciones de regeneración y renovación de la L3R no están exclusivamente enfocadas a las áreas urbanas vulnerables, obsoletas o degradadas, sino que, a criterio del legislador autonómico, *pueden operar en barrios que no se encuentren aquejados por estas patologías*, aunque sí por otros problemas urbanos que requieren respuesta para evitar caer en una situación de vulnerabilidad (reconversión edificatoria, creación de dotaciones y equipamientos públicos, resolución de problemas de movilidad, etc.). En Europa, estas operaciones tienden a desarrollarse o bien en áreas centrales (*inner cities*), como cascos históricos o barrios en declive de la ciudad tradicional, o bien en áreas vulnerables o desfavorecidas, mediante programas de vivienda y de mejora social. “Las que se agrupan en el primer tipo son, por regla general, operaciones de nueva centralidad asociadas a programas de desarrollo de nuevas actividades económicas o a cambios sustanciales de los conte-

nidos sociales del ámbito afectado, y en las que la dimensión inmobiliaria juega un papel importante”. Como resultado de las mismas, se produce el desplazamiento de la población original y la implantación de nuevas centralidades y especialización funcional, con la desaparición de las actividades tradicionales. En cambio, “Las que componen el segundo grupo se pueden considerar como procesos de normalización, y que tienen como objetivo principal mitigar el conflicto social y reducir las distancias que separan las condiciones de vida de los barrios más desfavorecidos de aquellos otros de rango medio o ‘normal’, sobre todo en materia de vivienda, de espacios públicos, de educación y de transporte”. Estas operaciones gozan de escaso interés inmobiliario y tienden a perpetuar el sustento demográfico y social de origen²⁹.

En cualquier caso, la indefinición terminológica persiste, aunque en menor medida. El legislador estatal no ha depurado por completo el alcance conceptual de las distintas tipologías de obras –regeneradoras y renovadoras– que integran por igual inmuebles y espacio urbano, para evitar un posible exceso competencial. No parece muy acertada esta actitud, puesto que las ambigüedades terminológicas crean inseguridad jurídica, de manera que hubiera sido deseable que esta “frustrada” distinción entre vocablos –que estaba presente en el Proyecto de Ley–³⁰ hubiera recibido acomodo en el texto legal vigente.

25. Su uso es prácticamente unánime, frente a otras expresiones menos comunes como *revitalisation*, *renaissance* o *renewal*. Vid. LAMB, K., “Revitalisation from the inside out: the attempts to move towards an urban renaissance in the cities of the United States and the United Kingdom”, *Connecticut Journal of International Law*, 19, 2003, p. 159.

26. DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT, *Transforming places; Changing Lives: A framework for Regeneration*, The Stationery Office, 2008, p. 6.

27. EUROPEAN METROPOLITAN NETWORK INSTITUTE (EMI), *A practitioner's guide to neighbourhood regeneration*, La Haya, 2011, p. 13.

28. Para un estudio de las políticas británicas orientadas a la recuperación de áreas urbanas, puede consultarse GIREU FONT, J., *La regeneración urbana en Gran Bretaña. La experiencia de las Urban Development Corporations*, Marcial Pons, 1997. También pueden consultarse, sin ánimo de exhaustividad, TALLON, A., *Urban regeneration in UK*, Routledge, 2010; KEATING, M., *The City That Refused to Die – Glasgow: the Politics of Urban Regeneration*, Aberdeen University, 1988; JUDD, D. y PARKINSON, M., *Leadership and Urban Regeneration. Urban Affairs Annual Reviews*, Sage, 1990; EVANS, J. y JONES, P., “Rethinking sustainable urban regeneration: ambiguity, creativity and the shared territory”, *Environment and Planning A*, vol. 40(6), 2008; ROBERTS, P. y SYKES, H., *Urban Regeneration*, Sage, 2008; TUROK, I., “Property-led urban regeneration: panacea o placebo?”, *Environment and Planning A*, vol. 24(3), 1992; BIANCHINI, F. y PARKINSON, M., *Cultural policy and urban regeneration. The west European experience*, Manchester University Press, 1993; MOONEY, G., “Cultural policy as urban transformation? Critical reflections on Glasgow, European City of culture 1990”, *Local Economy*, 19(4), 2007; HARVEY, D., “Down towns”, en *Marxism Today*, enero 1989; DEPARTMENT FOR ENVIRONMENT, TRANSPORT AND REGIONS, *Our Towns and Cities: The Future*, The Stationery Office, 2000, y WARD, K. G., “Coalitions in urban regeneration: a regime approach”, *Environment and Planning A*, vol. 29(8), 1997.

29. INSTITUTO UNIVERSITARIO DE URBANÍSTICA, *Regeneración Urbana Integrada en Europa. Documento de síntesis*, Universidad de Valladolid, junio de 2010, pp. 54-55.

30. La regeneración urbana incluye las obras y los trabajos de rehabilitación de edificios, y los que afecten a la urbanización del espacio público circundante. La renovación urbana conlleva un grado de intervención más intenso, consistente en reurbanizar todo un ámbito de la ciudad, ejecutando las obras de edificación necesarias en sustitución de los edificios demolidos previamente.

3. El impulso de las políticas de recuperación urbana como instrumento dinamizador de la economía

La mejora del espacio urbano y del estado de conservación del parque edificado, junto con su adaptación a las exigencias normativas sobrevenidas, promovidas la mayoría por el legislador europeo (superación de barreras arquitectónicas, eficiencia energética, sostenibilidad ambiental), se han ido convirtiendo, paulatinamente, en uno de los *target* de las políticas públicas³¹. Consecuentemente, el –extenso– Preámbulo de la L3R resalta la conveniencia de disponer de un *marco normativo idóneo para potenciar las actuaciones de rehabilitación residencial y de regeneración y renovación urbanas*, que pueda colmar las lagunas legales existentes y facilitar su viabilidad aplicativa³². Como corolario de esta declaración de principios, ha procedido a la revisión y reforma de todas aquellas normas vigentes que impiden alcanzar los objetivos propuestos, nutriéndose de las distintas regulaciones vigentes sobre rehabilitación, regeneración y renovación urbanas –e incluso de algunas más, que poco o nada tienen que ver con el objeto de la Ley–³³ para articular un amago de código de la materia. Entre la normativa afectada se encuentran el TRLS, la LES, el RDL 8/2011, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, y la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

El estímulo de actuaciones en los núcleos urbanos existentes constituye una prioridad de los poderes públicos en el actual contexto económico, no solo por la necesidad de implementar medidas que sean ambientalmente sostenibles, sino también por la conveniencia de apostar por el desarrollo de nuevas fórmulas de actividad económica que puedan generar un nicho de mercado. Si bien el diseño del marco legal de esas

actuaciones ha quedado definitivamente estampado en la L3R, los avances en la reorientación de las políticas urbanística y de vivienda ya se dibujaban en distintos textos legales. El conjunto de instrumentos y programas implementados por los poderes públicos para abordar la problemática de la regeneración del suelo urbano y de la falta de vivienda ha sido diverso (planes especiales de reforma interior, subvenciones directas, desgravaciones, créditos subvencionados...), y no han surgido exclusivamente de la legislación urbanística –más preocupada en regular la expansión de las ciudades que en su puesta en valor– y de vivienda, sino también de ámbitos normativos tan diversos como las leyes de propiedad horizontal, fiscales o de arrendamientos urbanos. No vamos a remontarnos hasta los orígenes y la evolución de las políticas de regeneración urbana, que arrancan en la legislación decimonónica de ensanche, saneamiento y reforma interior, ya que esta tarea excede ampliamente del objeto de este trabajo, sino que nos ceñiremos estrictamente a los antecedentes legales más inmediatos. La incorporación de medidas sustantivas destinadas a estimular el mercado inmobiliario ha sido una constante en la producción legislativa estatal de los últimos tiempos (Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios; Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas; etc.), y también en alguna iniciativa frustrada que se ha quedado por el camino (Anteproyecto de Ley de calidad y sostenibilidad del medio urbano de 21 de enero de 2011), pero, por motivos de espacio, solo vamos a dar cuenta de la normativa más relevante, la LES y el RDL 8/2011, sin menospreciar por ello la importante contribución de los planes de vi-

31. De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística (*Censos de Población y Viviendas 2011*), España dispone de un parque de viviendas que asciende a 25 208 623 unidades. De ellas, más de 5 millones superan el medio siglo, y más de 8 millones y medio tienen entre 30 y 50 años. En cuanto a su estado de conservación, 83 532 viviendas están en situación de ruina, 265 788 en mal estado, 1 380 531 en estado deficiente, y 156 208 no disponen de servicio o aseo. Por otra parte, en las ciudades con población superior a los 20 000 habitantes se han detectado 624 barrios con vulnerabilidad, a causa de sus malas condiciones de calidad de vida y habitabilidad. Fuente: Ministerio de Fomento, 2013.

32. El porcentaje de actuaciones rehabilitadoras y renovadoras en España es muy inferior a la media europea. Según la L3R, las razones hay que buscarlas, por una parte, en que estas actuaciones, a pesar de su complejidad, han sido tratadas con la misma vara de medir que las de nueva urbanización, imponiendo a los promotores unas cargas y trabas que se consideran injustificadas, y, por otra parte, en que la normativa reguladora deja mucho que desear, ya que peca de dispersa, contradictoria e inconexa.

33. Las disposiciones finales afectan a un total de 16 leyes y un real decreto.

vienda a mantener viva la llama de la actividad de regeneración urbana³⁴.

Ambos textos legales impulsaron las actuaciones en suelo urbano desde una óptica de *fomento de la dinamización económica*, con el objetivo de contrarrestar los efectos producidos por la crisis del mercado inmobiliario en el modelo económico español. Así, en el marco de una estrategia de recuperación de la economía, la LES arbitró una serie de actuaciones encaminadas a la reactivación del sector inmobiliario que se centraron en la rehabilitación y la renovación del tejido urbano (artículos 107 a 111, que la L3R deroga). Su Preámbulo consideraba estas actuaciones como *un nuevo ámbito de crecimiento sólido y sostenible*, y abogaba porque los poderes públicos actuaran de conformidad con el principio de *racionalización de la construcción residencial*, con el objetivo de conciliar la atención a las necesidades de los ciudadanos, la rehabilitación de viviendas y núcleos urbanos, la protección al medio ambiente y el uso racional de los recursos económicos. Las actuaciones de rehabilitación y renovación urbanas se consideraban actuaciones de transformación urbanística a los efectos de la legislación urbanística (artículo 14.1 TRLS), y se les aplicaba el régimen previsto para actuaciones de urbanización o de

dotación, dependiendo de su objeto. La Administración General del Estado, en el ámbito de sus competencias, y en colaboración con las autoridades competentes en materia de planificación, debía alentar las acciones de rehabilitación y renovación de ciudades y núcleos residenciales, así como la coordinación de las medidas, fondos, ayudas y beneficios dirigidos a estos objetivos³⁵.

Profundizando en lo establecido por la LES, el RDL 8/2011³⁶ introdujo nuevas medidas relacionadas con el fomento de las actuaciones de rehabilitación, empujando por acotar terminológicamente las intervenciones que se cobijaban bajo su paraguas (actuaciones de conservación, mejora y regeneración urbanas). La Administración podía imponer la ejecución de dichas actuaciones y proceder al ejercicio de cualquiera de las medidas de autotutela administrativa previstas legalmente, en el caso de incumplimiento injustificado de las obras ordenadas en los plazos previstos. La ejecución por orden administrativa de las actuaciones de rehabilitación urbana, a las que también se les aplicaba el régimen urbanístico de las actuaciones de transformación, exigía la delimitación de un ámbito (continuo o discontinuo, o de mera rehabilitación edificatoria), que podía incluir operaciones de demolición, renova-

34. Que los planes de vivienda aprobados últimamente por el Estado se han interesado especialmente por la cuestión de la regeneración urbana es indiscutible, véase si no el reciente Plan estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-16, aprobado mediante el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, y que da efectividad a las previsiones de la L3R. En la misma línea se mantuvo el Plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012, aprobado por el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre. Este Plan contenía distintos programas cuyo objeto era la rehabilitación integral y la renovación urbana (Capítulo III, Título II):

a) Programa de áreas de rehabilitación integral de conjuntos históricos, centros urbanos, barrios degradados y municipios rurales (ARIS). Este programa proveía fondos para las actuaciones de mejora de tejidos residenciales en el medio urbano y rural, con el fin de recuperar funcionalmente conjuntos históricos, centros urbanos, barrios degradados y municipios rurales que precisaran la rehabilitación de edificios y viviendas, la superación de situaciones de infravivienda, así como intervenciones de urbanización o reurbanización de espacios públicos. En particular, podían obtener financiación: 1. en elementos privativos del edificio (vivienda), las obras de mejora de la habitabilidad, seguridad, accesibilidad y eficiencia energética; 2. en elementos comunes de la construcción, las obras de mejora de la seguridad, cerramiento, accesibilidad y eficiencia energética, y el uso de fuentes de energía renovables; 3. en espacios públicos, las obras de urbanización, reurbanización y accesibilidad universal, y el establecimiento de redes de climatización y agua caliente sanitaria centralizadas alimentadas con energías renovables (artículo 45).

b) Programa de áreas de renovación urbana (ARUS). Financiaba la renovación integral de barrios o conjuntos de inmuebles con uso de vivienda que requerían actuaciones de demolición y sustitución de los edificios, de urbanización o reurbanización, de creación de dotaciones y equipamientos, y de mejora de la accesibilidad de los espacios públicos, incluidos los procesos de realojo temporal de los residentes. La financiación podía tener por objeto la demolición de edificios existentes, la construcción de edificios destinados a vivienda protegida, la urbanización y reurbanización de espacios públicos, y los programas de realojo temporal de los residentes (artículo 49).

c) Programa de ayudas para erradicar las situaciones de chabolismo, entendido como el asentamiento precario e irregular de población en situación o riesgo de exclusión social, con graves deficiencias de salubridad, hacinamiento de sus residentes y condiciones de seguridad y habitabilidad muy por debajo de los requerimientos mínimos aceptables (artículo 54).

35. Sobre la LES, *vid.* PAREJO ALFONSO, L., "De la urbanización a la regeneración de lo urbano y de la conservación a la rehabilitación de lo edificado: reflexión a propósito del proyecto de Ley de economía sostenible", *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 14, 2010.

36. El apartado 6 de la Disposición derogatoria única de la L3R ha derogado los artículos 17 a 25, la Disposición adicional tercera, las disposiciones transitorias primera y segunda, y la Disposición final segunda del RDL 8/2011.

ción o sustitución de viviendas o edificios enteros, siempre que no afectaran a más del 50 % de los edificios, de las viviendas o de la edificabilidad. Los sujetos obligados a la realización de actuaciones de rehabilitación eran los propietarios, los titulares de derechos de uso en la proporción acordada en el contrato correspondiente y las comunidades de propietarios, sus agrupaciones y las cooperativas de propietarios en relación con las partes comunes de la construcción, edificio o complejo inmobiliario en régimen de propiedad horizontal y de los condominios, sin perjuicio de la obligación de los dueños de las fincas o elementos separados de uso privativo de contribuir a los gastos. En cuanto a los sujetos legitimados para participar en las operaciones de rehabilitación, además de las Administraciones Públicas competentes, lo estaban los propietarios, los titulares de derechos reales o de aprovechamiento, las comunidades y agrupaciones de propietarios, las cooperativas de rehabilitación, las empresas, entidades o sociedades que intervinieran en esas operaciones, y las asociaciones administrativas que todos ellos constituyeran. El RDL 8/2011 completaba la regulación de las medidas de fomento de las actuaciones de rehabilitación, explicitando las facultades reconocidas a las comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios y a las cooperativas de rehabilitación, y estableciendo la obligatoriedad de la inspección técnica de edificios.

4. El marco jurídico básico de las actuaciones sobre el medio urbano: la Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas

La L3R introduce algunas novedades sustanciales a la vez que rectifica algunos planteamientos legales vigentes que pueden justificarse por razón de facilitar la viabilidad económica de las actuaciones en el tejido urbano existente (como las cesiones en suelo urbano o la reserva para vivienda protegida), aunque urbanísticamente hablando no son la solución más deseable. Se

ha avanzado en el proceso de compilar la normativa ya existente, pero se podía haber ido más allá, puesto que con la discutible técnica legislativa utilizada (parte articulada / disposiciones finales) *se ha perdido una buena oportunidad para sistematizar y armonizar la materia*. De resultas de ello, la normativa que se ocupa de la intervención sobre la ciudad existente continúa disgregada en los diversos textos legales ubicados en el apartado de las disposiciones finales, obligando a los operadores jurídicos a peregrinar por distintas normas para saber el alcance de la ordenación legal de materias relevantes, como ocurre en el caso del deber de conservación. Sorprende, en este sentido, que una de las modificaciones más vastas y relevantes, la del TRLS, haya sido relegada a la Disposición final duodécima. Y también la omisión de cualquier referencia a la financiación de las actuaciones sobre el medio urbano, si bien el Plan Estatal de Vivienda 2013-16 se pone enteramente al servicio de la Ley con una serie de programas orientados a la ciudad existente (programas 4 a 7).

El objeto de la L3R es “regular las condiciones básicas que garanticen un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conduzcan a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (artículo 1)³⁷. El Título I se dedica a la regulación del informe de evaluación de edificios y el Título II a la regulación de las actuaciones sobre el medio urbano.

4.1. El informe de evaluación de los edificios

La inspección es una *técnica administrativa de policía* que fiscaliza el cumplimiento de las condiciones de conservación y accesibilidad universal de la edificación, motivo por el cual cualquier tratamiento legal de la figura debería recaer exclusivamente en los entes públi-

37. A pesar del mandato constitucional del artículo 47, constituido en principio rector de la política social y económica que debe informar la actuación de los poderes públicos, ni la LES ni el RDL 8/2011 hicieron mención expresa del deber de las Administraciones Públicas de garantizar la efectividad del derecho a la vivienda.

En el ámbito europeo, la configuración de las políticas sociales de vivienda de los Estados como *servicio social de interés general* se infiere de la Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, y de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2013 en respuesta a dos cuestiones prejudiciales en materia de política de vivienda social planteadas por la Corte Constitucional belga.

cos titulares de la competencia sobre urbanismo y vivienda (intervención administrativa en el uso del suelo y la edificación). Y, sin embargo, la regulación de su régimen sustantivo es objeto de la L3R.

Tomando como base la regulación de la figura contenida en el RDL 8/2011, se reformula la figura de la inspección técnica de edificios, para diferenciarla de los mecanismos de inspección regulados en paralelo por las comunidades autónomas y algunos ayuntamientos. El RDL 8/2011 había establecido que, en defecto de regulación autonómica, los edificios con una antigüedad superior a 50 años destinados preferentemente al uso residencial y emplazados en municipios con población superior a los 25 000 habitantes o en municipios situados en áreas o entornos metropolitanos se someterían periódicamente a inspección³⁸. La inspección debía evaluar la adecuación de los inmuebles a las condiciones legalmente exigibles de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato, y determinar las obras y trabajos de conservación requeridos para mantener los inmuebles en el estado legalmente exigible, y durante el tiempo señalado al efecto³⁹. Sin embargo, el propio Preámbulo de la L3R la considera un instrumento insuficiente para garantizar las exigencias presentes y futuras en materia de calidad y sostenibilidad del parque edificado, y regula un nuevo *informe de evaluación de los edificios* (IEE), otorgando uniformidad a sus contenidos, con el fin de convertirlo en una herramienta de diagnóstico de la cual obtener información que oriente la formulación de las políticas estatales en la materia.

Mientras que la inspección técnica del RDL 8/2011 se exigía en todos los edificios con cierta antigüedad, incluso los unifamiliares, a partir de ahora⁴⁰ deben cumplimentar el IEE los inmuebles ubicados en edificaciones con *tipología residencial de vivienda colectiva* –sin perjuicio de que puedan albergar además otros usos distintos del residencial–. Su incumplimiento se considera una infracción urbanística. Si el inmueble dispone de

informe, su eficacia se extiende a todos y cada uno de los locales y viviendas existentes, de tal manera que aquel podrá ser utilizado por sus propietarios, sin necesidad de cumplimentar informes individuales. Su periodicidad mínima será de diez años, aunque puede ser menor cuando así lo establezcan las comunidades autónomas o los ayuntamientos. El IEE debe contener:

a.– La evaluación del estado de conservación del edificio, de acuerdo con lo establecido en la normativa urbanística (condiciones de seguridad, habitabilidad, ornato, etc., así como cualesquiera otras derivadas de la imposición del deber legal de conservación)⁴¹.

b.– La evaluación de las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización del edificio, determinando si se pueden realizar ajustes razonables en el edificio para satisfacerlas. Aunque la accesibilidad forma parte del contenido del deber de conservación, muchas veces este requisito ha sido ignorado por las comunidades de propietarios, por lo que en buena medida sigue siendo una asignatura pendiente en muchos edificios del país, en especial en lo que atañe a la instalación de ascensores. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, exige que antes del 1 de enero de 2016 se garantice la accesibilidad universal a los edificios preexistentes mediante “ajustes razonables”. Sin embargo, no define lo que deba entenderse por tales ajustes. La L3R viene a salvar este vacío legal, al establecer que los ajustes razonables comprenden todas aquellas medidas que “faciliten la accesibilidad universal de forma eficaz, segura y práctica y que no supongan una carga desproporcionada”, sobre la base de una adecuada ponderación de los costes y beneficios de la operación. Así, los costes de la medida, los efectos discriminatorios de su no adopción, la estructura y características de la persona o entidad que haya de ponerla en práctica y la posibilidad que

38. Las comunidades autónomas podían fijar una antigüedad y estándares poblacionales distintos.

39. *Vid.* el recurso de inconstitucionalidad núm. 1886-2012, interpuesto contra los artículos 21 y 22 del RDL 8/2011, que regulaban la inspección técnica de edificios, por injerencia estatal en una competencia autonómica.

40. Se establece un régimen transitorio por el cual el informe será exigible a partir de 2019 únicamente a los edificios que, a la entrada en vigor de la L3R, tengan una antigüedad mínima de 50 años. Los demás se regirán por lo que establezca la normativa autonómica o municipal. En todo caso, los propietarios que lleven a cabo obras de conservación, accesibilidad universal o eficiencia energética, y pretendan acogerse a ayudas públicas, deben obtener el informe antes de solicitarlas (Disposición transitoria primera de la L3R).

41. Las obras necesarias para el cumplimiento del deber de conservación del inmueble y sus servicios e instalaciones comunes, incluyendo las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal y las condiciones de ornato, así como todas aquellas derivadas de la imposición del deber legal de conservación, se consideran obras de carácter obligatorio, y no requieren el acuerdo previo de la junta de propietarios [artículo 10.1.a) de la Ley de propiedad horizontal, en la redacción dada por la L3R].

tengan estas de obtener financiación, son los parámetros que deben utilizarse a los efectos de determinar si la medida es o no proporcionada. En los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, se entiende que la carga es desproporcionada cuando el coste de las obras repercutido anualmente, y descontando las posibles ayudas públicas recibidas, exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. La L3R mantiene inalterable este límite económico de las doce cuotas de gastos de comunidad que ya recogía la Ley de propiedad horizontal⁴², flexibilizándolo, puesto que se permite que dichas mensualidades sean repercutibles anualmente, con lo cual la previsión se vuelve más realista, ya que en la práctica raramente los propietarios de un edificio rehabilitado asumen el coste de la obra de una vez⁴³. Una mención muy positiva merece la posibilidad de que, si no existe otra solución posible, los ascensores y otros elementos puedan instalarse en el exterior del edificio, ocupando superficies de dominio público municipal, sin necesidad de que la comunidad de vecinos deba adquirir dicho suelo, pudiendo disfrutar de su uso mediante cesión gratuita. Si la valoramos desde un punto de vista de su corrección material, esta medida va a contribuir sin ninguna duda a desencallar los problemas técnicos y económicos que impedían a muchas comunidades de propietarios abordar unas obras que hasta ahora se consideraban inviables.

c.– La certificación de la eficiencia energética del edificio. Este apartado incluye la calificación del edificio (de las letras A a G) y unas recomendaciones sobre las mejoras energéticas que podrían realizarse. El *Libro blanco de la sostenibilidad en el planeamiento urbanístico español* (Ministerio de la Vivienda, 2010) advierte de la importancia de rehabilitar el patrimonio inmobiliario existente con criterios de sostenibilidad: “La puesta en carga de la ciudad existente debería ser un

objetivo prioritario a conseguir. Se suele alegar que los costes de la rehabilitación son siempre superiores a los de nueva creación pero es solo porque no se tienen en cuenta los mayores consumos de combustible, la mayor contaminación o la creación de nuevas redes sociales derivadas del aumento de la superficie urbanizada. Para poner en carga la ciudad existente normalmente resulta imprescindible adaptarla para mejorar sus condiciones de habitabilidad. Y esta adaptación debe cumplir un requisito nuevo que en la anterior vuelta a la ciudad tradicional que se produjo en los años setenta del pasado siglo XX no era esencial: la eficiencia. Es decir, los edificios por supuesto que han de ser rehabilitados con criterios de eficacia (han de hacer posible una vida moderna de calidad) sino que, además, han de hacerlo eficientemente: consiguiéndolo con el menor consumo de energía posible y produciendo la menor contaminación. Si se quiere conseguir una ciudad más competitiva este requisito es imprescindible”. Téngase en cuenta que las directivas 2010/31/UE, de 19 de mayo, relativa a la eficiencia energética de los edificios, y 2012/27/UE, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética, así como los compromisos adoptados en la Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano (Comunicación de la Comisión, 2005), el Marco Europeo de Referencia para la Ciudad Sostenible (Declaración de Marsella, 2008) y la Declaración de Toledo (2010), obligan al Estado español a invertir en la renovación de edificios residenciales y comerciales con el objetivo de mejorar su rendimiento energético y, con él, el tejido urbano de la ciudad ya consolidada⁴⁴. Por ello, la L3R introduce este requisito en el IEE, complementando la regulación del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril⁴⁵. La certificación de eficiencia energética es necesaria para vender o alquilar un inmueble, y su ausencia se considera una infracción grave⁴⁶.

42. El artículo 10.1.b) de la Ley de propiedad horizontal establece el carácter obligatorio de las obras y actuaciones necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal, y las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten sus servicios voluntarios personas con discapacidad o mayores de 70 años, siempre que el coste total, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no supere las doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. Para la realización de estas obras tampoco se requiere acuerdo previo de la junta de propietarios. En la anterior redacción del precepto (apartado 2.º del artículo 10) se establecía que tales obras y actuaciones no eran obligatorias cuando la unidad familiar a la que pertenecía alguno de los propietarios tuviera ingresos anuales inferiores a 2,5 veces el IPREM (indicador público de renta de efectos múltiples), excepto que las ayudas públicas que pudiera recibir esa unidad familiar impidieran que el coste anual repercutido de las obras superara el 33 % de sus ingresos anuales.

43. El Plan Estatal de Vivienda 2013-16 prevé ayudas para garantizar la accesibilidad de hasta 4000 euros por vivienda.

44. La Directiva 2012/27/UE reconoce que los edificios representan el 40 % del consumo de energía final de la UE.

45. El Plan Estatal de Vivienda 2013-16 prevé ayudas para la mejora de la eficiencia energética de hasta 2000 euros por vivienda, que pueden incrementarse hasta los 5000 euros si se reduce en un 50 % la demanda energética del edificio.

46. Las disposiciones adicionales tercera y cuarta de la L3R regulan el régimen de infracciones y sanciones en materia de certificación de la eficiencia energética de los edificios.

Las comunidades autónomas y municipios que ya dispongan de un informe de inspección técnica que evalúe la conservación y accesibilidad de los edificios, pueden complementarlo con la certificación de ecoeficiencia, con los mismos efectos que el IEE. Para evitar duplicidades entre ambos informes (el autonómico y el IEE), la Disposición transitoria primera de la L3R establece que el primero debe integrarse en el segundo como parte del mismo.

4.2. La ordenación y gestión de las actuaciones sobre el medio urbano

Como se ha apuntado en un apartado anterior, constituyen *actuaciones sobre el medio urbano* tanto las obras de rehabilitación edificatoria, cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones, como las obras de regeneración y renovación urbanas, cuando afecten conjuntamente a edificios y tejidos urbanos, pudiendo llegar a incluir obras de nueva edificación en sustitución de edificios previamente demolidos. Estas actuaciones tendrán *carácter integrado* cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia municipal global y unitaria (idem el artículo 17.1 *in fine* de la LES). La L3R no hace identificación expresa de estas actuaciones con las de transformación urbanística, como sí ocurría en la LES y el RDL 8/2011, por lo que su encaje deberá determinarse en cada caso, conforme a la regulación establecida en el artículo 14 del TRLS.

La ordenación y ejecución de tales actuaciones exige la formulación previa de una *memoria que asegure su viabilidad económica*, en términos de rentabilidad, de adecuación a los límites del deber legal de conser-

vación y de equilibrio entre los beneficios y las cargas derivados de la misma. A estos efectos, debe celebrarse que la L3R ofrezca soluciones innovadoras que, amén de otras finalidades como la mejora de la eficiencia energética o la accesibilidad universal, contribuyan a allanar la ejecución y la viabilidad económica de las actuaciones (artículos 10.3 y .4, y 17):

a.– Se autoriza la ocupación de las superficies de espacios libres o de dominio público municipal indispensables para la instalación de ascensores u otros elementos, así como de las superficies comunes de uso privativo, ubicadas en el suelo, el vuelo y el subsuelo, si son indispensables para *garantizar la accesibilidad universal*, y siempre que no se perjudique la funcionalidad de los espacios y dotaciones públicos⁴⁷. El ayuntamiento cederá el uso del vuelo por el tiempo que se mantenga la edificación, o, en su caso, recalificará y desafectará dichas superficies demaniales, enajenándolas posteriormente a la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios correspondiente.

Como estas ocupaciones no pueden ejecutarse a menos que el planeamiento urbanístico lo prevea o se apruebe con carácter previo una modificación del mismo –puesto que comportan un aumento de la edificabilidad prevista–, para allanar el camino se establece un mandato al legislador autonómico para que el planeamiento urbanístico garantice que estas superficies no computen a los efectos del volumen edificable ni de distancias mínimas a linderos, vías públicas, alineaciones u otras edificaciones. Nótese, sin embargo, cómo para establecer esta excepción *ope legis* el legislador estatal reconfigura parámetros urbanísticos básicos –el volumen edificable y las distancias mínimas– y determina el destino del suelo, sirviéndose de técnicas específicas de la ordenación urbanística que de ninguna manera puede atribuirse el Estado⁴⁸.

47. El artículo 10.3 mantiene la regla de no computar la superficie de suelo ocupado del artículo 111.6 de la LES. La delimitación espacial del ámbito de actuación de rehabilitación edificatoria, regeneración o renovación urbanas legitima la ocupación de estas superficies [artículo 12.1.b) de la L3R].

48. La remisión que hace el legislador estatal a la posibilidad de que la Administración urbanística aplique “cualquier otra técnica que, de conformidad con la legislación aplicable, consiga la misma finalidad”, no enerva la invasión competencial, al mantenerse la obligación de respeto a la regla impuesta por el artículo 10.3 sobre ocupación de superficies de espacios libres (que, dicho sea de paso, es un concepto de contenido urbanístico).

En un supuesto muy similar (recurso de inconstitucionalidad 5013-2000 interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios), el Tribunal Constitucional declara que la competencia estatal ex artículo 149.1.13.º de la CE puede proyectarse sobre el urbanismo, “pero siempre que en el ejercicio de dicha competencia no se recurra a técnicas urbanísticas ni resulten vaciadas de contenido, o limitadas irrazonablemente, las correspondientes competencias autonómicas [...]. La medida cuestionada no responde así de forma inmediata y directa a la planificación general de la actividad económica o al establecimiento de bases en materia energética, títulos competenciales en los que, conforme a cuanto llevamos expuesto, podría el Estado intentar fundar esta regulación pues en ella se emplean facultades relativas a usos del suelo que no afectan a la planificación económica general ni a la energética en particular, ya que modifican el concreto

b.— Se autoriza, con los mismos efectos que en el punto anterior, el cerramiento o acristalamiento de terrazas ya techadas, siempre que se consiga un ahorro energético mínimo del 30 % en calefacción o refrigeración del edificio. Por la finalidad que persigue, se entiende que la medida tiene carácter global, afecta al conjunto del inmueble, por lo que el cerramiento debe producirse con carácter uniforme en todo el edificio, y previa autorización administrativa⁴⁹. Esta previsión también podría estar viciada de incompetencia, en base al mismo razonamiento del apartado anterior.

c.— Se favorece la colaboración público-privada entre propietarios, Administración y otros sujetos que intervengan en la ejecución de estas actuaciones, poniendo a su alcance una serie de fórmulas convenientes y contractuales con el objeto de coadyuvar a su gestión y financiación: convenios de explotación conjunta del inmueble; contratos de cesión, arrendamiento o permuta por los cuales se ceden terrenos o parte de la edificación a cambio de edificación futura o del pago de determinados conceptos, como el coste de las obras, las cuotas a la comunidad, impuestos o tasas, etc.; y constitución de consorcios o sociedades mercantiles de capital mixto (artículo 15). Con el apoyo de estos instrumentos, las intervenciones sobre el medio urbano pueden generar recursos propios y ser económicamente viables, lo que sin duda constituye un acicate para la participación de los agentes privados que operan en el sector inmobiliario. La obtención de financiación externa para conseguir que estas actuaciones sean autosuficientes, es clave para evitar que el peso de las mismas recaiga exclusivamente en las ayudas públicas y en la economía de las familias⁵⁰.

Los sujetos obligados a la realización de dichas obras coinciden, con algún pequeño cambio, con los previstos en el derogado artículo 18.2 del RDL 8/2011 para las actuaciones de conservación, mejora y regeneración (letras a y b), a los que ahora se añaden las Administraciones Públicas y, por remisión, los sujetos a los que la normativa de ordenación territorial y urbanística atribuya tal obligación. Están obligados, pues, los siguientes sujetos: a.— Los propietarios y los titula-

res de derechos de uso otorgados por ellos, en la proporción acordada en el correspondiente contrato o negocio jurídico que legitime la ocupación. En su defecto, las obras por reparaciones menores motivadas por el uso diario corresponden al titular del uso. Es importante destacar que la L3R prevé pacto al respecto inscribible en el Registro de la Propiedad. b.— Las comunidades de propietarios, las agrupaciones de comunidades de propietarios y las cooperativas de viviendas, con respecto a los elementos comunes, sin perjuicio del deber de los propietarios de las fincas o elementos separados de uso privativo de contribuir a los gastos en los términos de los estatutos. Y c.— Las Administraciones Públicas, cuando afecten a elementos propios de la urbanización y los propietarios no estén obligados a asumir su coste, o cuando aquellas financien parte de la operación con fondos públicos, en los supuestos de ejecución subsidiaria, a costa de los obligados.

La iniciativa para proponer la ordenación de dichas actuaciones corresponde a las Administraciones Públicas y a las entidades públicas adscritas o dependientes de las mismas, así como a los sujetos obligados a las obras, y a las empresas, entidades o sociedades que intervengan en nombre de cualquiera de dichos sujetos. Se establece una *preferencia* por las actuaciones que eliminen situaciones de infravivienda, que garanticen la seguridad, salubridad, habitabilidad y accesibilidad universal y un uso racional de la energía, así como las que, con estos objetivos, partan de la iniciativa de los particulares del ámbito o de una amplia participación de los mismos.

Si para llevar a cabo las actuaciones previstas en la L3R hay necesidad de modificar la ordenación urbanística vigente, deberán observarse las reglas procedimentales previstas en la legislación urbanística. La L3R *contribuye a crear un doble régimen jurídico en materia de planificación / programación de las actuaciones sobre la ciudad consolidada*, nada conveniente, al contemplar la posibilidad de que tales actuaciones se aprueben al margen de los procedimientos establecidos en la legislación urbanística, por los pro-

régimen del suelo donde se ubica el establecimiento comercial, régimen que venía determinado por la planificación urbanística. Es, así, una medida que, tal como ha sido diseñada, no corresponde al Estado establecer con carácter básico pues no posee título suficiente” (STC 170/2012, de 4 de octubre).

49. Vid. el artículo 10.3.b) de la Ley de propiedad horizontal, que, en una redacción un poco confusa, exige autorización administrativa para cualquier alteración de la estructura o fábrica del edificio, como el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente del edificio para mejorar la eficiencia energética.

50. Sobre la intervención privada en el desarrollo de actuaciones en la ciudad existente, vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El agente rehabilitador. Notas sobre gestión en suelo urbano consolidado*, Aranzadi, 2005.

cedimientos de aprobación de las normas reglamentarias pero con los mismos efectos de los planes urbanísticos⁵¹. Si no se precisa la modificación del planeamiento urbanístico, la Administración podrá elegir, a propuesta del sujeto que tiene la iniciativa de la actuación, entre delimitar un ámbito de actuación conjunta o ejecutar las obras mediante una actuación aislada.

Los propietarios de inmuebles que deban ser objeto de actuaciones urbanísticas de rehabilitación, regeneración o renovación urbanas responden con ellos del cumplimiento del deber legal de costear las obras. Como ya explicitaba el artículo 111.3 de la LES, la conformidad o autorización administrativa para emprender dichas actuaciones conlleva la *afección real directa e inmediata* de las fincas constitutivas de *elementos privativos* de regímenes de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario privado al cumplimiento del deber de costear las obras. Dicha afección deberá figurar mediante nota marginal en el Registro de la Propiedad, haciendo constar expresamente su carácter de garantía real (artículo 12.2 de la L3R)^{52,53}. Es el mismo régimen que se establece para garantizar el pago de las cuotas de urbanización en las actuaciones de transformación urbanística; sin embargo, debemos recordar que en este caso se está respondiendo con la vivienda constitutiva de domicilio habitual, por lo que para evitar situaciones no deseadas (especialmente cuando estas actuaciones de rehabilitación edificatoria y regeneración y renovación urbanas tienen lugar

en ámbitos donde residan familias con escasos recursos) deben valorarse positivamente las previsiones económicas del Plan Estatal de Vivienda 2013-16, al objeto de facilitar la asunción de las cuotas derivadas de operaciones de rehabilitación, aunque prudentemente debería haberse mantenido un límite mínimo de renta, para que los propietarios más desfavorecidos no tuvieran que sufragar unos costes de rehabilitación inasumibles⁵⁴.

La participación en la ejecución de las actuaciones sobre el medio urbano deberá producirse, siempre que sea posible, en régimen de distribución equitativa de beneficios y cargas, reproduciendo el legislador estatal el patrón de autofinanciación propio de las actuaciones de nueva urbanización.

En los supuestos de iniciativa pública y de ejecución subsidiaria, la Administración resolverá, a su discreción, si ejecuta las obras mediante alguna de las modalidades de gestión directa o indirecta previstas en la normativa administrativa, aunque en este último caso se le impone su adjudicación mediante concurso público, introduciéndose alguna matización al régimen general (artículo 13.4 de la L3R). Pueden presentar ofertas cualesquiera personas físicas o jurídicas, incluyendo a los propietarios que forman parte del correspondiente ámbito⁵⁵. Se establece una *preferencia* en la adjudicación del concurso por aquellas ofertas que propongan condiciones ventajosas para los propietarios de los inmuebles afectados (incentivos, inversión y colaboración), excepto en el caso de que dichos propietarios

51. Reproducción del artículo 110.4 de la LES. Para DÍAZ LEMA, la aprobación de planes de rehabilitación urbana conforme al procedimiento previsto para las ordenanzas locales en el artículo 49 de la Ley de Bases del Régimen Local, se permite al objeto de flexibilizar dichos procedimientos y agilizar las actuaciones rehabilitadoras, pero va a suponer el desdoblamiento de la planificación urbanística, arrancando los planes de rehabilitación de su marco propio que es el urbanístico. DÍAZ LEMA, J. M., "Rehabilitación urbana, o cómo hacer de la necesidad virtud", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 257, abril 2010.

52. *Vid.*, en el mismo sentido, el artículo 9.2 del TRLS.

53. El artículo 12 no fija el plazo de caducidad de la afección de la finca al cumplimiento del deber de costear las obras. En este caso, podría entenderse que le es de aplicación el plazo previsto en el artículo 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. Este artículo, referido a la afección de las fincas resultantes de un proyecto de parcelación al cumplimiento de la obligación de urbanizar, establece que la afección caduca a los siete años.

54. El artículo 11.2 de la LES establecía que la realización de obras calificadas como necesarias por la propia Ley debía ser costeada por los propietarios, excepto cuando la unidad familiar a la que perteneciera alguno de ellos tuviera ingresos anuales inferiores a 2,5 veces el IPREM. Sin embargo, la excepción quedaba inoperativa cuando, por razón de acceder a ayudas o subvenciones públicas, el coste anual repercutido de las obras, fueran privativas o en elementos comunes, no superara el 33 % de sus ingresos anuales. El mismo régimen se establecía, como hemos visto, en el antiguo artículo 10.2 de la Ley de propiedad horizontal, en relación con las obras de accesibilidad.

Ambos preceptos han sido derogados por el apartado 5.º de la Disposición derogatoria única de la L3R.

55. Los propietarios pueden participar en el concurso, pero no gozan de preferencia alguna en la adjudicación. Para ello, deben constituirse previamente en una asociación administrativa que se rige por lo dispuesto en la normativa urbanística para las entidades urbanísticas de conservación. A tenor de la modificación realizada en el artículo 2 de la Ley de propiedad horizontal, esta Ley es de aplicación a dichas entidades cuando así lo dispongan sus estatutos.

hayan incumplido el deber de conservación⁵⁶, o por las que resulten más beneficiosas para la colectividad en su conjunto y propongan obras de eliminación de las situaciones de infravivienda, de cumplimiento del deber legal de conservación, de garantía de la accesibilidad universal, o de mejora de la eficiencia energética.

El legislador estatal ofrece por fin una regulación básica, que ya se echaba en falta, de los *derechos de realojamiento y retorno en actuaciones urbanísticas en suelo urbano, tanto si se actúa mediante procedimientos expropiatorios como no expropiatorios* (artículo 14 de la L3R). El tratamiento de esta cuestión se ha caracterizado siempre por su parquedad⁵⁷: la Ley de suelo de 2007 se limitó a encajar estos derechos entre los vinculados a las actuaciones de transformación urbanística, y el TRLS a reiterar, en su Disposición final undécima –ahora derogada–, el conciso redactado de la Disposición adicional cuarta de la Ley de suelo de 1992, que había superado el examen de constitucionalidad de la STC 61/1997. El artículo 110.3 de la LES, también derogado, complementó parcialmente este marco, interesándose por los usuarios de viviendas y locales que debían ser desalojados. La L3R determina los sujetos que deben garantizar el derecho al realojamiento, su alcance, así como el del derecho de retorno y unas normas procedimentales comunes para la tramitación del realojamiento.

5. La influencia de la Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas en el diseño de la acción urbanística: las modificaciones introducidas en el texto refundido de la Ley de suelo

Para allanar el camino de las políticas de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, y atraer la iniciativa privada, la L3R considera imprescindible modificar el

contenido de algunas normas, unas veces eliminando previsiones que obstaculizan la aplicación de la Ley, y otras adaptándolas a los nuevos requerimientos legales. La L3R reserva su Disposición final duodécima, de un total de veinte, a acometer cambios en la normativa de suelo estatal, y, de rebote, en las normativas urbanísticas autonómicas, para adecuarlas a los objetivos de la Ley⁵⁸. Nos preguntamos si, a los efectos de una mayor seguridad jurídica, tal vez no hubiera sido más clarificador incorporar un título en el TRLS dedicado específicamente al estatuto jurídico de las intervenciones en el suelo urbano, dotándolas en lo que procediera de un régimen urbanístico distinto del de las actuaciones desarrollistas, aunque esta opción hubiera requerido una revisión más sosegada del conjunto de la norma legal.

Nótese que algunas de las pretendidas modificaciones no son tales, sino simples reubicaciones de preceptos o apartados, con la finalidad de mejorar la sistemática del TRLS (convenios urbanísticos, régimen del suelo rural, participación en actuaciones de transformación urbanística, etc.). Por lo que se refiere a los contenidos normativos, conviven las modificaciones de poco calado⁵⁹ con otras que pueden considerarse modificaciones sustanciales, y que vamos a reseñar seguidamente:

1.– Tras la aprobación de la Ley de suelo de 2007, la actividad urbanizadora pasó a considerarse un servicio público, y el derecho a urbanizar dejó de formar parte de las facultades del propietario –no así el derecho a edificar, que se mantuvo inalterable en su estatuto jurídico–. Ello permitió reconocer, en ejercicio de la libertad de empresa, un derecho de iniciativa de los particulares (fueran o no propietarios) en las actuaciones de ejecución de la urbanización, mientras que en las edificatorias se mantenía el *statu quo* (iniciativa de la propiedad). Ahora, la L3R reforma el régimen jurídico de las iniciativas pública y privada en las actuaciones

56. Vid. los artículos 9.2 y 36 del TRLS en relación con los efectos del incumplimiento de los deberes urbanísticos.

57. GÍFREU FONT, J. y FERNÁNDEZ BAUTISTA, R., “El derecho de realojo por razones urbanísticas”, *El derecho urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Madrid, 2008. Para un análisis de la cuestión en la normativa urbanística catalana, vid. GÍFREU FONT, J., *L'ordenació urbanística a Catalunya*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 552-562.

58. En la versión del Boletín Oficial de las Cortes Generales de 12 de abril de 2013, la reforma del TRLS ocupaba la Disposición final primera, un emplazamiento más acorde con la trascendencia de este texto legal en relación con el objeto de la L3R.

59. Así, por ejemplo, el artículo 2, relativo al principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, que añade dos últimas letras al párrafo 2.º, y cuyo apartado 3.º recoge y amplía la vigente letra c) del apartado 2.º, referida a las previsiones para el medio urbano. Lo mismo sucede con el artículo 5, donde se mantienen las mismas obligaciones ciudadanas, pero se reestructuran en distintas letras, con la finalidad de concentrar en la letra d) los deberes relativos a la preservación del paisaje urbano y el patrimonio arquitectónico y cultural (con un mayor alcance conceptual frente al “patrimonio histórico” de la antigua redacción). El artículo 8, sobre las facultades del derecho de propiedad del suelo, se amplía con previsiones contenidas hasta ahora en el artículo 13, dedicado a la utilización del suelo rural, que se deroga. Desaparece la referencia a

urbanísticas, poniendo coto a la capacidad de actuación de la libertad de empresa y, por tanto, a la competencia. Se incorpora expresamente la iniciativa pública en las actuaciones edificatorias, y, en consecuencia, se reconoce la libertad de elección por la Administración de la iniciativa pública o privada en todas las actuaciones urbanísticas (en las de transformación urbanística y en las edificatorias), aunque se echa en falta la referencia expresa al carácter prevalente de la iniciativa pública en la urbanización, que se declaraba en la antigua redacción del artículo 6.a) del TRLS [“(…) cuando esta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente”]. *Lo novedoso de la reforma es, pues, que se limita el ámbito de acción de la libertad de empresa, dado que a partir de ahora la iniciativa privada en las actuaciones de transformación urbanística y en las edificatorias solo podrá ejercerse por los propietarios⁶⁰, quedando relegada la participación de los particulares no propietarios a los casos en que se aplique el régimen de iniciativa pública, y, cuando así lo disponga la legislación autonómica, a los procedimientos concurrenciales previstos en la iniciativa privada.*

2.– El artículo 9 (deberes y cargas del derecho de propiedad del suelo) se amplía con previsiones de los derogados artículos 13 del TRLS, referido al suelo rural, y 23 del RDL 8/2011, sobre el régimen urbanístico del silencio administrativo. En este punto, destaca la supresión de la referencia a la primera ocupación o utilización de edificaciones de nueva planta y casas prefabricadas, en coherencia con la previsión que se añade en el apartado 9.º, según la cual las comunidades autónomas *podrán sujetar la primera ocupación o utiliza-*

ción de las edificaciones a comunicación previa o declaración responsable⁶¹. Para garantizar la seguridad jurídica cuando la normativa autonómica opte por acogerse al régimen auspiciado por la Directiva de Servicios, se establece que si de la inspección efectuada *ex post* resulta que la edificación no se adecua a la ordenación urbanística a los efectos de su destino al uso previsto, la Administración deberá adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística en un plazo de seis meses, bajo su responsabilidad, en favor de los terceros de buena fe. La práctica de la comunicación y las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística adoptadas deberán hacerse constar en el Registro de la Propiedad.

Con todo, la novedad principal del precepto es la *configuración del deber legal de conservación* de los inmuebles en tres niveles, de conformidad con la legislación de suelo. Esta estratificación no entraña la imposición de obras adicionales a las ya reguladas hasta ahora en los textos legales urbanísticos vigentes, sino exclusivamente la concreción del radio de acción de este deber legal, cuyo límite máximo se fija en “la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio”⁶². La sistematización del deber legal de conservación en distintos estadios, descrita de forma precisa en el Preámbulo, no tiene su correspondencia en el artículo 9.1, que exhibe una dicción un tanto confusa.

las autorizaciones administrativas para edificar y al silencio administrativo, que se desplazan al artículo 9.7. Se incorpora la referencia expresa a conservar la edificación, después de la cita al derecho a edificar, y la participación en las actuaciones de transformación urbanística en régimen de distribución de costes y beneficios. Los artículos 36 y 37 amplían el conjunto de deberes –no solo los de edificación y rehabilitación– cuyo incumplimiento puede derivar en expropiación, venta y sustitución forzosas –y ahora también en ejecución subsidiaria–, e introducen modificaciones menores en coherencia con estos cambios. Se amplían, mediante el artículo 51, los supuestos de inscripción registral a: a) los actos firmes de aprobación de expedientes ejecutivos en cuanto supongan el establecimiento de garantías reales de la obligación de conservar las edificaciones, y b) la incoación de expedientes de restauración de la legalidad urbanística, y, en consecuencia, los actos de apremio que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de las resoluciones que persigan el restablecimiento del orden urbanístico infringido. Finalmente, y a pesar de su inclusión en la Disposición adicional duodécima, debe hacerse constar que el artículo 53 no es objeto de alteración alguna.

60. Desaparece, por tanto, la referencia al derecho de consulta a las Administraciones sobre los criterios y previsiones de la ordenación urbanística por parte de los titulares del derecho de consulta (propietarios o no), que se desplaza al artículo 8 del TRLS, donde se reconoce este derecho como una facultad de la propiedad.

61. La determinación del carácter desestimatorio del silencio en determinados supuestos urbanísticos (artículo 23 del RDL 8/2011) ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno catalán, por entender que excede de la competencia estatal en materia de procedimiento administrativo común, de acuerdo con la doctrina constitucional que define el alcance de la expresión “común” (SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, y 50/1999, de 6 de abril).

62. El artículo 9.2 de la L3R señala que las Administraciones Públicas adoptarán medidas que aseguren la realización de las obras de conservación y la ejecución de las actuaciones de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas que sean precisas, y formularán y ejecutarán los instrumentos que las establezcan, cuando existan situaciones de insuficien-

Conforme al Preámbulo, el contenido del deber legal de conservación –que en las primeras versiones del Proyecto de Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas se regulaba en su articulado, para desplazarse posteriormente al artículo 9 del TRLS– se estructura en tres niveles: en un primer nivel básico, el deber de conservación se corresponde con la obligación de destinar la edificación a usos compatibles con la ordenación territorial y urbanística, y la necesidad de garantizar las condiciones de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato que establece la legislación aplicable. En particular, cuando se trate de edificaciones, ese deber comprende además la realización de las obras y trabajos necesarios para dar cumplimiento a los requisitos básicos de la edificación previstos en el artículo 3.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. En un segundo nivel, este deber atañe a los trabajos y obras necesarios para adaptar y actualizar progresivamente las edificaciones –concretamente, sus instalaciones– a las normas legales que sean exigibles en cada momento para mantener sus condiciones de uso, sin que ello suponga una aplicación retroactiva de las mismas. Y, finalmente, en un tercer nivel, el deber de conservación define con mayor precisión el carácter de las obras adicionales a realizar por motivos de interés general, bien por motivos turísticos o culturales (previstos ya en las primeras normas urbanísticas), bien para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano (supuesto incluido en la LES). Las obras adicionales para la mejora de la calidad y sostenibilidad podrán consistir en la adecuación parcial o completa a todas o a algunas de las exigencias básicas establecidas en el Código Técnico de la Edificación, y la Administración debe establecer motivadamente el nivel de calidad que deba ser alcanzado para cada una de ellas.

Dado que el régimen de ocupación del parque inmobiliario residencial puede obstaculizar la ejecución de los trabajos y obras necesarios para el adecuado cumplimiento del deber de conservación, la L3R ha establecido medidas que eviten que los regímenes de mayorías establecidos por la normativa en materia de propiedad horizontal impidan su realización. Como ya hemos subraya-

do anteriormente, el artículo 10 de la Ley de propiedad horizontal destaca el *carácter obligatorio de determinadas actuaciones* –obras de conservación del inmueble e instalaciones comunes y de accesibilidad universal y de acceso a personas discapacitadas y de la tercera edad, etc.–, las cuales no requerirán el acuerdo previo de la junta de propietarios, vengán impuestas por la Administración o hayan sido solicitadas por los propietarios, y aunque impliquen modificación de los estatutos o del título constitutivo de la propiedad horizontal⁶³.

La L3R recoge las amplias potestades reconocidas por la LES y el RDL 8/2011 a la Administración, *tanto para ordenar obras en cumplimiento del deber legal de conservación como para su ejecución subsidiaria* o mediante otras fórmulas de ejecución forzosa (artículo 9.2). En este último caso, conforme al derogado artículo 18.3 del RDL 8/2011, la legislación urbanística podrá incrementar el límite máximo del deber de conservación hasta el 75 % del coste de reposición de la construcción o edificio. La certificación del acto de incumplimiento expedida por la Administración se hará constar en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal. Recuérdese que los inmuebles quedan afectados al cumplimiento del deber de costear las obras (artículo 12.2 de la L3R).

3.– El régimen de derechos y deberes contenido en la legislación de suelo y urbanística obedece a una lógica de compensación. El titular del suelo, por el hecho de serlo, se adueña de los beneficios derivados de las actuaciones urbanísticas en las que participa, pero, en cumplimiento de la función social del derecho de propiedad, debe renunciar a atribuirse la totalidad de las plusvalías en favor de la Administración, cediéndole tanto un porcentaje de suelo lucrativo, aquel en el que se localiza parte de ese aprovechamiento urbanístico, como el suelo destinado a la ejecución de dotaciones públicas. Téngase en cuenta que el número de promotoras e inmobiliarias que se crearon en España al amparo de la febril actividad urbanística, nos indica que el conjunto de beneficios y cargas fijados por el legislador que configuran el estatuto jurídico de la propiedad urbanística del suelo está en equilibrio (o, para ser más exactos, intencionadamente descompensado en beneficio de la propiedad). Por regla general, esta asevera-

cia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones; obsolescencia o vulnerabilidad de barrios, de ámbitos, o de conjuntos urbanos homogéneos, o situaciones graves de pobreza energética. Se establecen actuaciones prioritarias (eliminar situaciones de infravivienda, para garantizar la seguridad, salubridad, habitabilidad y accesibilidad universal, y un uso racional de la energía).

63. Con la reforma de la Ley de propiedad horizontal, el acuerdo de la junta de propietarios se limitará a la fijación de las nuevas cuotas de participación por mayoría de 3/5 partes del total de los propietarios, frente a la regla de la unanimidad que fijaba el régimen anterior y sin posibilidad de veto de los propietarios con ingresos reducidos.

ción es rotundamente cierta en el caso de nuevas urbanizaciones, pero bastante menos atinada cuando las actuaciones urbanísticas se producen en el entramado urbano consolidado. Por la complejidad económica que supone abordar actuaciones en la ciudad consolidada, debe celebrarse la exigencia de que se formule, con carácter previo a la ordenación y ejecución de dichas actuaciones, una *memoria de viabilidad económica* sobre la base de su rentabilidad, de su adecuación a los límites del deber legal de conservación y de un apropiado equilibrio entre los beneficios y las cargas que generan (artículo 11 de la L3R), lo que permitirá conocer la plusvalía de la operación y la oportunidad de llevarla a cabo. La memoria se complementa con el análisis del impacto económico de esas actuaciones en las Haciendas Públicas, cumplimentado en el informe de sostenibilidad económica previsto en el artículo 15.4 del TRLS para todas las actuaciones de transformación urbanística.

No es lo mismo ordenar y ejecutar actuaciones urbanísticas cuando se parte “de cero” en tejidos urbanos futuros que cuando ya existe una trama urbana consolidada, con una historia y una problemática urbanística a sus espaldas. La L3R ha considerado que algunas de las previsiones aplicables por igual a las operaciones de nueva urbanización y a las de reforma urbana penalizaban a estas últimas, y ha optado por flexibilizarlas, reduciendo el alcance de los deberes de los propietarios o incluso suprimiéndolos, a riesgo de ocasionar un deterioro de las condiciones de vida en determinados barrios de la ciudad. Entre el conjunto de medidas que persiguen la eliminación de lo que la L3R identifica como “cargas urbanísticas injustificadas”, destaca la *supresión del deber de cesión de suelo* en actuaciones sobre ámbitos muy degradados o que carezcan de suelo disponible en su entorno inmediato (artículo 16.4 del TRLS). Esta exención debe ser objeto de un uso restrictivo, y siempre que se motive la imposibilidad de hallar otra solución viable desde el punto de vista técnico o económico. La medida se podrá aplicar también a los aumentos de densidad o edificabilidad que fueren precisos para sustituir la infravivienda

por vivienda que reúna los requisitos legalmente exigibles, con destino al realojamiento y el retorno que exija la correspondiente actuación. Desde luego, no es una solución óptima, y deberemos esperar para confirmar si estas previsiones logran incentivar las intervenciones del sector privado en ámbitos urbanos desfavorecidos y degradados en los que, de otra manera, es seguro que no tendría ansias de involucrarse.

4.– La supresión de cargas urbanísticas se observa, asimismo, en el nuevo contenido del artículo 10.10.b) del TRLS, relativo a la *reserva de suelo para la construcción de vivienda de protección pública*, que sufre una “rebaja” en el suelo urbano consolidado, precisamente donde más necesidad de vivienda protegida hay. Las tradicionales políticas sociales de vivienda se han centrado preferentemente en el establecimiento de medidas de fomento de contenido económico –como la concesión de ayudas a la promoción y la construcción, con el fin de dinamizar el sector inmobiliario– que no han conseguido crear un parque de vivienda residencial de protección suficientemente consolidado. El motivo de esta carestía puede buscarse en la orientación que se ha imprimido a las políticas de vivienda, claramente escurridas hacia la promoción de vivienda protegida en venta, y en la facilidad para reingresarla al mercado libre, debido a la brevedad de los plazos de calificación.

Cuando las políticas urbanísticas dan cuenta del problema de escasez de vivienda protegida, en especial a partir de finales de los años noventa del siglo pasado, una de las principales medidas legislativas que se adoptan es la reserva de suelo para ampliar su contingente. La Ley de suelo de 2007 convirtió en preceptiva para todo el Estado tal reserva, y se encargó de armonizar los distintos porcentajes que coexistían en las normas urbanísticas autonómicas⁶⁴. El TRLS de 2008 disponía, con carácter general tanto para las actuaciones en suelo urbano como urbanizable, que el planeamiento general municipal debía reservar suelo con destino a la construcción de vivienda de protección en un mínimo del 30 % de la edificabilidad residencial prevista por el plan, derivando a la normativa de vivienda estatal y autonómica la determi-

64. En Cataluña, por ejemplo, se rectificó el porcentaje de la reserva, ya que, en ocasiones, no se alcanzaba el mínimo fijado por el legislador estatal (era del 20 % en unos municipios y del 30 % en otros). La reserva se fijó entonces en un mínimo del 30 % de techo residencial de nueva implantación *en suelo urbano y urbanizable* (20 % destinado a vivienda de protección de régimen general y especial, y 10 % para vivienda con protección oficial de precio concertado), excepto en los municipios de más de 100 000 habitantes o que eran capital de comarca, donde se establecía una reserva del 40 % (un añadido del 10 % destinado a una nueva tipología de creación autonómica al margen de las tipologías estatales –vivienda concertada de protección oficial–, que sucumbió a siguientes modificaciones legislativas sin llegar nunca a aplicarse). La norma que adecuó la reserva a los cánones estatales aprovechó para introducir una medida muy ambiciosa destinada a promover a corto plazo suelo con uso residencial protegido, las denominadas “áreas residenciales estratégicas”.

nación de las concretas tipologías de vivienda social que debían construirse. Aunque no establecía distinciones por razón de la clase de suelo o la naturaleza de la operación urbanística que debía desplegarse, tomaba en consideración las distintas dinámicas urbanísticas, y establecía una exención para los planes de ordenación de los municipios de menos de 10 000 habitantes en los que, en los dos años anteriores al del inicio de su procedimiento de aprobación, se hubiesen autorizado edificaciones de uso residencial para menos de cinco habitantes por cada 1000 habitantes y año, siempre y cuando dichos instrumentos no ordenaran actuaciones residenciales para más de 100 nuevas viviendas. Tampoco se aplicaba la reserva si esos planes de ordenación tenían por objeto actuaciones de reforma o mejora de la urbanización en las que el uso residencial no superara las 200 viviendas (Disposición transitoria primera del TRLS).

La L3R mantiene el porcentaje mínimo del 30 % de la edificabilidad residencial para actuaciones de nueva urbanización, pero *en las de reforma o renovación de suelo urbanizado se asigna una nueva reserva cifrada en el 10 %*. Ambos porcentajes pueden ser reducidos o eximidos por la normativa urbanística, que también puede dejar en suspenso la aplicación de la reserva durante un plazo de 4 años a contar desde la entrada en vigor de la L3R (Disposición transitoria segunda de la L3R). En cualquier caso, como ya recoge la legislación urbanística, la reserva deberá distribuirse equilibradamente en el municipio, garantizando con ello que se respete el principio de cohesión social y se evite la formación de nuevos barrios marginales. De entrada, pa-

rece chocante que el Preámbulo de la L3R reivindique la necesidad de abordar actuaciones de regeneración y renovación urbanas en la ciudad consolidada para hacer efectivo el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, y, sin embargo, rebaje esta previsión legal precisamente allí donde la vivienda de protección tiene más demanda, debido a la mayor concentración de personas con rentas bajas o en peligro de exclusión social⁶⁵. Pero con la crisis de comercialización del parque inmobiliario construido (676 038 viviendas nuevas sin vender, según datos de 2011 del Ministerio de Fomento) sería conveniente trabajar por un pacto nacional entre la Administración y los sectores implicados (promotores, banca, ONG de acción social, etc.) para dar salida a este parque, en régimen de alquiler.

5.- Se produce una recomposición del suelo urbanizado (artículo 12.3 de la L3R) en lo que se aprecia como un retorno incoherente a los límites definitorios clásicos del suelo urbano, con la recuperación de la consolidación edificatoria como criterio de clasificación de esa categoría de suelo (suelo urbano no consolidado). Con la Ley de suelo de 2007, el legislador estatal renunció a regular las clases de suelo, al entender que se trataba de una técnica urbanística de competencia netamente autonómica, aunque, a efectos de valoración del suelo, estableció dos situaciones básicas en las que se podía hallar este (urbanizado o rural), en atención a su situación fáctica o real. Únicamente podían participar de la condición de suelo en situación de urbanizado los terrenos que contaran con las obras de urbanización⁶⁶. No obstante, la L3R ha abierto la caja

Muy polémica fue también la previsión legal conforme a la cual, en virtud de las necesidades detectadas y el escaso potencial de crecimiento en suelo urbanizable o urbano no consolidado, el Plan territorial sectorial de vivienda de Cataluña podía extender la reserva para vivienda protegida al *suelo urbano consolidado* (derogada por la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica).

Vid. también el artículo 66.4 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo catalana, según el cual el planeamiento urbanístico general puede calificar *suelo urbano consolidado* con destino total o parcial a viviendas de protección pública.

65. La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, considera que la reserva ha perdido sentido con la actual coyuntura económica (eliminación de ayudas públicas a la promoción o adquisición de vivienda para venta, pérdida de competitividad de la vivienda protegida por la aproximación del precio de estas viviendas y de las libres, dificultad económica de las familias para acceder al crédito). El Plan Estatal de Vivienda 2013-16 elimina las ayudas públicas estatales destinadas al fomento de la promoción de vivienda protegida, pero mantiene las ayudas orientadas a la creación de un parque público de vivienda protegida para alquiler en suelo o edificios de titularidad pública (entre los beneficiarios no están los promotores privados).

66. Artículo 12.3 del TRLS, desarrollado por el artículo 2 del Reglamento de valoraciones de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre. De acuerdo con el precepto reglamentario, el suelo en situación básica de urbanizado es el que se encuentra integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población, en los siguientes casos: a) cuando se trate de parcelas, edificadas o no, que cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística autonómica o puedan llegar a contar con ellos solo mediante obras de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento, y b) cuando el suelo esté incluido en un ámbito para el que el instrumento de ordenación prevea una actuación de reforma interior o de renovación urbana.

Este artículo ha sido derogado por el apartado 4.º de la Disposición final única de la L3R.

de Pandora al permitir –incomprensiblemente, desde un punto de vista jurídico– escudarse en esta categoría a ámbitos espaciales aglutinadores de suelos no urbanizados pero sí edificadas en la proporción que determine la legislación autonómica⁶⁷, de tal manera que, a partir de ahora, el suelo no urbanizado se integra, como un supuesto más, en el suelo urbanizado (?). Es posible que el legislador haya optado por la solución integradora de incluir esta nueva categoría de suelo para evitar que algunos grupos de población queden privados de los nuevos instrumentos de intervención urbana, precisamente los que más los pueden necesitar. Si lo que se pretende es dar una salida airosa a los instrumentos de planeamiento que durante años han ido clasificando como suelo urbano consolidado terrenos que en puridad no lo eran, o dar satisfacción a sus propietarios para acallar posibles reclamaciones judiciales, piénsese que este oxímoron puede acarrear mayores inconvenientes, por los déficits de servicios urbanísticos que presentarán dichos suelos, que en la práctica no son sino terrenos rústicos, a pesar de estar “legalmente” urbanizados. Esto nos sitúa de nuevo ante el creciente fenómeno de situaciones físicas “extraurbanas” (*exurban* o *exurban sprawl*, en la terminología norteamericana): conjuntos edificatorios de escasa extensión que subsisten a pesar de su aislamiento respecto de algunas dotaciones urbanas típicas, pero que, objetivamente, no pueden clasificarse como suelo no urbanizable. Caso de ser objeto de expropiación urbanística, la tasación de dichos terrenos edificadas-no urbanizados se hará de acuerdo con los criterios de valoración del suelo urbanizado, incrementándose desproporcionadamente su valor real.

6.– El artículo 16, relativo a los deberes vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística y a las actuaciones edificatorias, mejora su sistemática al diferenciar los deberes de las actuaciones de urbanización de los deberes de las actuaciones de dotación, e incorpora los relativos a las actuaciones

edificatorias. Respecto de actuaciones de urbanización (tanto las de nueva urbanización como las de reforma o la renovación de la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado) cuyo uso predominante sea el residencial, se añade un nuevo deber legal consistente en la *entrega del suelo que el plan de ordenación adscriba a la dotación pública de viviendas sometidas a algún régimen de protección con destino al alquiler, para atender necesidades temporales de colectivos con dificultades especiales para acceder a una vivienda*. En anteriores borradores de la L3R se contemplaba que esta obligación no debía suponer un aumento de los estándares urbanísticos para dotaciones y equipamientos públicos, aunque fue suprimida oportunamente, puesto que esta concreción debe quedar a criterio de las comunidades autónomas, y, de hecho, ya es objeto de tratamiento en su normativa⁶⁸. En relación con las actuaciones de dotación, se valora positivamente la introducción de una medida para facilitar dichas actuaciones en suelo urbano consolidado, como es que la cesión del aprovechamiento urbanístico pueda satisfacerse no solo mediante la entrega de suelo, sino también por su valor en metálico, *con el objeto de costear la parte de la financiación pública prevista en la actuación o de integrarse en el patrimonio público de suelo con destino preferente a actuaciones de rehabilitación, regeneración o renovación urbanas*⁶⁹. Ello se añade a la previsión ya existente según la cual cuando la cesión de suelo dotacional no pueda materializarse en el ámbito correspondiente por razón de imposibilidad física, este deber legal se sustituya por la *entrega de superficie edificada o edificabilidad no lucrativa en un complejo inmobiliario situado dentro del mismo*, de acuerdo con el artículo 17.4 del TRLS, o por otras formas de cumplimiento del deber previstas en la legislación urbanística. Este último supuesto, muy común en las actuaciones de dotación, puesto que se desarrollan en ámbitos espaciales muy reducidos, permite compatibilizar la calificación de aprovechamiento privado de una parte del

67. Lo que puede generar una regulación autonómica muy dispar, tanto en la fijación del porcentaje de edificación como en la determinación de los criterios para la delimitación del ámbito a efectos del cómputo.

68. Es el caso de Cataluña, donde las reservas para el sistema urbanístico de viviendas dotacionales públicas, que aglutinan las actuaciones públicas de vivienda destinadas a satisfacer esos requerimientos temporales, se prevén en sustitución total o parcial de la reserva de equipamientos de titularidad pública, cuando se acredite que estos equipamientos no son necesarios (artículo 58.1.g del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto).

69. Constituye una excepción, introducida por la L3R, a la obligación de destinar con carácter preferente los bienes y recursos de los patrimonios públicos de suelo a la construcción de vivienda protegida. *Vid.*, en consonancia, el artículo 39.1 del TRLS, que, además, incorpora un posible nuevo destino de esos bienes y recursos cuando así lo prevea la legislación urbanística (“fines de carácter socio-económico para atender las necesidades que requiera el carácter integrado de operaciones de regeneración urbana”).

inmueble (suelo, vuelo, subsuelo) con el destino de la otra parte a sistema urbanístico de titularidad pública, constituyéndose de esta forma un régimen de propiedad horizontal. Además, en un contexto de crisis económica como el actual, en que las Administraciones Públicas pueden disponer de suelo pero no de financiación para ejecutar actuaciones, nótese la oportunidad de una medida que permite que el propietario materialice su deber mediante la entrega de superficie ya edificada.

7.— Se amplían los supuestos constitutivos de complejos inmobiliarios, puesto que si en la redacción original del artículo 17.4 del TRLS esta institución jurídica se circunscribía a las situaciones en que se destinaban fincas superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público, con el redactado de la L3R también *podrán* constituir complejos inmobiliarios los ámbitos conformados por fincas edificables y dotaciones públicas, como sistemas de comunicación, zonas verdes, equipamientos, etc., dando carta de naturaleza a los complejos privados cerrados y a una posible privatización del espacio público⁷⁰. Así pues, el complejo inmobiliario se configura tanto en proyección vertical —constitución preceptiva— como horizontal —constitución potestativa—, aunque, a tenor del artículo 17.3, la superficie del complejo inmobiliario “en horizontal” no siempre podrá tener la consideración de parcela única (esto es, el régimen de la propiedad horizontal tumbada). Finalmente, se facilita la constitución y modificación del complejo inmobiliario, al eximir en dos supuestos la necesidad de contar con autorización administrativa: cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo sean los previstos en la licencia de obras, y cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos⁷¹.

8.— En relación con la *declaración de obra nueva*, se posibilita que, cuando la declaración se refiera a obra nueva terminada, la legislación urbanística autonómica prevea la sustitución de la autorización administrativa que garantiza que la edificación reúne las condiciones para destinarla al uso previsto en el plan, esto es, la licencia de primera ocupación, *por un régimen de comunicación previa o declaración responsable*, en cohe-

rencia con el nuevo artículo 9.9 del TRLS. Además, recuérdese que con el artículo 24 del RDL 8/2011 desapareció la exigencia según la cual el asiento de inscripción debía dejar constancia de la situación de fuera de ordenación de las construcciones respecto de las cuales ya no procedía adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que implicaran demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción —de manera que ya no se requiere la presentación del acto administrativo que declara esta situación—. Para compensar esa ausencia y mantener la protección a terceros de buena fe, se establece ahora que, a los efectos de la constancia registral de la terminación de esas construcciones, cuando la declaración de obra nueva hubiera sido inscrita sin certificación expedida por el ayuntamiento, este debe dictar una resolución para hacer constar registralmente, en nota al margen de la inscripción de la declaración, *la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido y la indicación expresa de las limitaciones que se impongan a la propiedad*.

6. Unas últimas consideraciones

El interés del legislador estatal ha pasado de la ciudad futurible, en la que todo está aún por hacer, a la ciudad ya construida. Esta afirmación no debe confundirnos y llevarnos a creer que el legislador abandonó a su suerte a la ciudad, en su cruzada hacia nuevos horizontes espaciales, puesto que si bien las iniciativas de recuperación urbana han tenido durante muchos años un carácter accesorio o casi testimonial, su presencia a través de las políticas de fomento de los sucesivos planes de vivienda ha sido constante. En realidad, la transformación física y urbanística de los centros urbanos ha corrido pareja con los procesos de expansión de la urbanización. Los movimientos de creación de “nueva ciudad” y de “revitalización urbana” no son fases consecutivas perfectamente diferenciadas, sino que muy a menudo se han ido ejecutando en el mismo momento, como las bolas de un billar que avanzan en dirección contraria. Baste ver, por ejemplo, la evidente mejora en las tres últimas décadas de los centros urbanos y *down-towns* de la inmensa mayoría de ciudades españolas

70. Para abundar en la cuestión, puede consultarse RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Las urbanizaciones de uso privado*, Tecnos, 1990, y MARTÍN BERNAL, J. M., “Tratamiento jurídico de las urbanizaciones privadas a la vista de L.P.H.” (1.ª y 2.ª parte), *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núms. 240 y 243, 2008.

71. Vid. el artículo 10.3.a) de la Ley de propiedad horizontal.

(incrementos de precio de viviendas y solares, operaciones de rehabilitación y peatonalización, revalorización como centros comerciales y turísticos, etc.). No solo en las nuevas urbanizaciones sino también en los cascos urbanos consolidados, los residentes con suficientes medios económicos han perseguido el viejo sueño de rebajar las densidades preexistentes, una opción posible gracias al “esponjamiento” y a la limitación de nuevas construcciones. Otra cosa es que, en muchas ocasiones, estos cambios en la ciudad se han realizado con un arsenal normativo reducido o bien articulando imaginativamente la normativa tributaria, civil o de subvenciones públicas⁷².

Después de mucha inconcreción jurídica, los conceptos de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas han sido reformulados normativamente, para facilitar la implementación de las actuaciones sobre el medio urbano y convertirse en el emblema de la reactivación económica del sector inmobiliario. Pero lejos de reiterar patrones intervencionistas clásicos, esta ciudad que se ha convertido en el objetivo prioritario de las políticas urbanas demanda algo más que una recuperación física de áreas degradadas. Las *nuevas exigencias de sostenibilidad* trascienden esta única perspectiva y obligan al planificador a promover *intervenciones integrales* que abracen multitud de aspectos.

Ciertamente, a lo largo de prácticamente todo el siglo XX, se produce un maridaje exclusivo entre la regeneración urbana y la mejora física, y se presta escasa atención al impacto social y económico de la ejecución de las actuaciones urbanas. El planteamiento tradicional de las operaciones de remodelación urbana ha consistido en intervenir físicamente para embellecer aquello que se considera caduco y degradado, mejorando los espacios y equipamientos públicos y el patrimonio inmobiliario residencial (en lo que comúnmente se conoce como “lavar la cara a la ciudad”). Sin embargo, a esta visión se ha superpuesto otra más global y estratégica, en la que sigue teniendo cabida el factor estético, pero integrando además otras perspectivas que abarcan aspectos como la sostenibilidad ambiental, la miti-

gación del cambio climático y la eficiencia energética, el fomento del crecimiento compacto, la recuperación y el desarrollo económicos, la mejora de la accesibilidad y de las infraestructuras urbanas, los avances tecnológicos, la inclusión y cohesión social, la preservación del patrimonio cultural, la atracción de inversión privada, y la creación de empleo y de oportunidades educativas y culturales, todo ello tamizado en pos de la sostenibilidad urbana (*vid.* al respecto el artículo 7 de la L3R y el carácter integrado de las actuaciones en el medio urbano cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas).

Las intervenciones urbanísticas en la trama urbana envejecida o deteriorada han ido e irán indefectiblemente ligadas a la mejora estética del espacio y de sus elementos, pero las actuales exigencias para aumentar la calidad de vida urbana ya no se limitan al disfrute de viviendas adecuadas con dotaciones y espacios públicos igualmente adecuados. En los textos legales analizados en este artículo asoman aspectos que delatan que las actuaciones sobre el medio urbano son de una gran complejidad, como la cohesión territorial y social, la eficiencia energética y la mixtura funcional al servicio de un medio ambiente urbano sostenible. Esta aproximación holística que toma en consideración tantas cuestiones de la vida urbana (*integrated redevelopment*) para obtener un medio urbano sostenible y adecuado a las necesidades de la población, ha abonado una nueva aproximación al espacio urbano, entendido como bien jurídico que supera los límites del derecho de propiedad y nos concierne a todos⁷³. Así lo recoge el texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (en adelante, TRLS), al establecer un estatuto jurídico del ciudadano que asegure su disfrute y participación en el medio en el que vive, y su acceso igualitario a dotaciones, servicios y espacios libres.

La ciudad consolidada es una realidad viva en constante transformación, producto de las complejas relaciones sociales y económicas que se desarrollan a su amparo. Y las políticas de transformación del tejido urbano deben ser un reflejo de esta realidad local, que

72. Una excelente disertación sobre la evolución y la problemática de la ciudad compacta y de los fenómenos de suburbanización, puede verse en AMENÓS ÁLAMO, J., *El mito legal de la ciudad compacta* (pendiente de publicación).

73. El derecho a la ciudad, teorizado por primer vez por el sociólogo francés Henri LEFEBVRE, y que engloba a su vez muchos otros derechos para vivir dignamente en el espacio urbano, es un derecho colectivo que pertenece a todos aquellos que viven o acceden al espacio urbano. Supone el derecho a apropiarse de la ciudad, usando lo que esta ofrece y participando en la creación de aquello que no tiene. A mayor abundamiento, puede acudir a su clásico *El derecho a la ciudad*, Península, 1969. También pueden consultarse, entre otros, HARVEY, D., “The right to the city”, *New Left Right*, núm. 53, 2008, y AA. VV., *El derecho a la ciudad*, Serie Derechos Humanos Emergentes, núm. 7, 2011.

se recrea día a día⁷⁴. Por ello, constituyen un mecanismo idóneo para fomentar la cohesión social, especialmente si van acompañadas de medidas que favorezcan la creación de redes sociales de participación, así como la sostenibilidad, contribuyendo al ahorro energético y a la lucha contra el cambio climático. Además, no debe perderse de vista que esos barrios renovados (reurbanización, rehabilitación de inmuebles y construcción de obra nueva, protección del patrimonio histórico y cultural, etc.) constituyen un polo de atracción económica y cultural de primer orden. Así, las nuevas dinámicas económicas contribuyen a la valorización del barrio y de la ciudad en su conjunto, que gana en competitividad y en retornos económicos a la Administración, por el alza de los precios inmobiliarios de las áreas regeneradas y de sus zonas circundantes. No obstante, también se constata que no todas las operaciones de regeneración y renovación urbanas cumplen con esa perspectiva global o integral. La transformación de la trama urbana existente tiene unas consecuencias en el tejido social y económico local que trascienden la mera remodelación física, de tal manera que una gestión inapropiada de la actuación transformadora puede acarrear efectos negativos, como la destrucción del patrimonio arquitectónico histórico, el languidecimiento de la actividad económica tradicional, o el desplazamiento y desmembramiento de las comunidades locales, cuyo hábitat pasa a ser ocupado por una clase social

de mayor poder adquisitivo. Muchas actuaciones exitosas desde el punto de vista estético-visual han acarreado una profunda desestructuración económica, debido a la eliminación de la diversidad de usos y del comercio tradicional que, en opinión de J. Jacobs⁷⁵, tan necesarios son para la vitalidad urbana. Y lo mismo ocurre en materia social cuando se produce la expulsión de la población originaria (las clases populares económicamente más desfavorecidas), que ha sido sustituida por familias con mayor nivel adquisitivo y cultural, de tal modo que el tejido urbano tradicional salta por los aires en un proceso que los anglosajones, que han vivido la experiencia en sus propias carnes, han denominado *gentrification*⁷⁶.

Con este cambio de signo legislativo que personifica la L3R, el urbanismo se ha puesto al servicio de la recuperación de la ciudad existente. No obstante, las leyes pueden ser motor del cambio, pero por sí solas no pueden trocar el orden de las cosas. Falta ahora que los agentes públicos y privados sean capaces de aprovechar las oportunidades que les brinda este nuevo marco jurídico, diseñado con vocación de permanencia, con el fin de impulsar la mejora global de la imagen urbana y de paliar de una vez por todas los déficits estructurales de las políticas de suelo y vivienda que venimos arrastrando desde hace años, y que la crisis económica y financiera del país ha revelado en toda su crudeza. ■

74. Uno de los retos de las políticas de regeneración y renovación urbanas debe ser el mantenimiento de la identidad y peculiaridades locales y de las actividades tradicionales de los barrios intervenidos. F. MUÑOZ ha puesto de relieve cómo, por efecto de la globalización, los paisajes urbanos de las ciudades se estandarizan y sus periferias residenciales se extienden de forma clónica en el territorio. El autor acuña el concepto de "urbanalización" para referirse a estos procesos de replicación homogénea de paisajes urbanos. *Vid. Urbanalización. Paisajes comunes, lugares globales*, Gustavo Gili, 2008.

75. JACOBS, J., *Muerte y vida de las grandes ciudades*, Península, 1973.

76. Para un examen de la controvertida gentrificación, pueden consultarse ATKINSON, P., "Gentrification, segregation and the vocabulary of affluent residential choice", *Urban Studies*, 45(12), 2008, y LEES, L., SLATER, T y WYLEY, E., *Gentrification*, Routledge, 2008. En España, la sostenibilidad social en el marco de las políticas urbanas ha sido ampliamente analizada por PONCE SOLÉ, J.; de este autor pueden consultarse, entre otros títulos, *Poder local y guetos urbanos*, INAP-Fundació Pi i Sunyer, 2002; *Derecho urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial*, Marcial Pons, 2006; "Solidaridad, cohesión social y derecho público: a propósito de las reservas legales de vivienda protegida como instrumento de desarrollo urbanístico y sostenible", en AA. V.V., *Diversidad y convivencia en las ciudades*, Fundació Carles Pi i Sunyer-CEMCI-UIIM, 2004, y *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, en su contexto español, europeo e internacional* (coord. con SIBINA TOMÁS, D.), Marcial Pons, 2008.

La reestructuración del mapa local: el papel de las provincias (del “coste estándar” al “coste efectivo”)*

Fernando Simón Yarza

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Navarra

1. Introducción
2. Breve apunte sobre el itinerario de la reforma
3. La reforma local española en un contexto comparado
4. El Anteproyecto de Ley y el Informe del Consejo de Estado
5. El Proyecto de Ley
6. Conclusión: un final precipitado después del Informe del Consejo de Estado

Resumen

La racionalización de los servicios locales ha dado lugar a reformas en los países de nuestro entorno, normalmente motivadas por las ineficiencias asociadas al llamado “inframunicipalismo”. También en nuestro país, numerosas voces abogan por una organización más eficiente, aunque las diferencias acerca del modo de concretar la reforma son ciertamente acusadas. A finales del mes de agosto, el Gobierno remitió a las Cortes Generales el *Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*. Una de las vías por las que opta el Proyecto es fortalecer las diputaciones, favoreciendo un proceso de asunción de competencias básicas de los municipios pequeños por parte de aquellas. Este trabajo se centra, principalmente, en el modo en que se lleva a cabo dicha asunción, algo que ha variado tras las advertencias del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto.

Palabras clave: *planta local; autonomía local; competencias municipales; inframunicipalismo; estabilidad presupuestaria; provincias; diputaciones; municipios; coste estándar; coste efectivo; Consejo de Estado; reforma local; Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.*

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad DER2012-34428, *Las posibilidades del Estado jurisdiccional autonómico: tras la sentencia del Estatut y en la actual situación de crisis y bloqueo institucional*. Se trata de la reelaboración de una ponencia pronunciada el 6 de septiembre de 2013 en el Curso de Verano *Estado Autonómico/Estado Federal*, organizado por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

The reform of the local administration: the role of the provinces (from a "standard cost" to an "effective cost")

Abstract

The rationalization of public local services has led to several reforms in countries around us. In general, these reforms pursue to remove the inefficiencies of the so called "inframunicipalism". Although in Spain there are also many voices that argue in favor of a more efficient organization, the differences regarding the ways to address the reforms are really huge. At the end of August, the Spanish Government sent to the Parliament (Cortes Generales) the Bill regarding the rationalization and sustainability of the local administration. One of the objectives of this Bill is to strengthen the provincial councils (diputaciones provinciales) through their assumption of competences which belong to small municipalities. This article is focused on how this assumption of competences is done, taking into account that this process has changed due to the warnings of the Council of State (Consejo de Estado).

Keywords: local administration; local autonomy; local competences; inframunicipalism; budget stability; provinces; provincial councils (diputaciones provinciales); municipalities; standard cost; efficient cost; Council of State (Consejo de Estado); local reform; Bill regarding the rationalization and sustainability of the local administration.

1. Introducción

Existe un sentimiento amplio sobre la conveniencia de reformar nuestro régimen local, si bien se da al mismo tiempo un profundo desacuerdo respecto al modo de hacerlo. No es de extrañar, pues, que las directrices de la reforma local en ciernes estén siendo sometidas a un agudo debate. Para hablar del futuro del régimen local –y, más en concreto, del papel que las provincias están llamadas a ocupar en el mismo– me centraré en el *Proyecto de Ley para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, y en el *Anteproyecto* al que vino a suceder después de un largo periplo en los despachos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Más exactamente, con el fin de precisar todavía más el enfoque, mi estudio abordará el traspaso de servicios de los municipios pequeños a las diputaciones, previsto primero para aquellos municipios que no pudiesen prestar los servicios obligatorios a un determinado *coste estándar*, y, posteriormente, para todos aquellos que no alcancen un determinado *coste efectivo*.

Antes de entrar de lleno en la materia, quisiera centrar la cuestión distinguiendo algunos aspectos que definen la autonomía local, y que resultan fundamen-

tales para entender el marco en que debe desenvolverse el debate en torno a la reforma. La autonomía local hace referencia a un triángulo de relaciones entre *tres protagonistas*: el ente territorial superior (el Estado central o la comunidad autónoma), la entidad local y la ciudadanía. Las distintas relaciones entre estos protagonistas pueden traducirse en diversas dimensiones de la autonomía local. Al menos quisiera señalar tres que, con frecuencia, se encuentran en tensión:

1. En primer lugar, la autonomía local sugiere, primordialmente, una *libertad negativa* de los entes locales para la gestión de sus propios intereses (artículos 137 y 140 CE). Por decirlo con palabras del artículo 28.2 de la Ley Fundamental de Bonn (LFB), es "el *derecho*" de los entes locales "a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local". Esta dimensión de la autonomía explica la *relación entre dichos entes y los entes territoriales superiores* de un modo análogo, si se quiere, a la relación entre individuo y Estado –esto es, como una libertad negativa fijada por la Constitución–. En palabras de Tocqueville, el municipio es la "asociación" más "arraigada en la naturaleza", y, "tomado en conjunto y en relación con el Gobierno central, no es sino como un individuo cualquiera"¹.

1. TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, I, I, V, en *Oeuvres* (ed. Pléiade), vol. II, Gallimard, París, 1992, pp. 64 ("Le commune est la seule association qui soit si bien dans la nature, que partout où il y a des hommes réunis, il se forme de soi-même une commune") y 71 ("Le commune, prise en masse et par rapport au gouvernement central, n'est qu'un individu comme un autre").

2. En segundo lugar, la autonomía local protege un *espacio de participación* del ciudadano, lo que explica la *relación del individuo con la comunidad local*. También para explicar esta dimensión de la autonomía local viene al caso servirse de la sabiduría de Tocqueville, para quien “es en el municipio donde reside la fuerza de los pueblos libres”; es una “escuela de libertad”, pero de *libertad-para*, en el sentido de los Antiguos². En consonancia con esta idea, forma parte de la autonomía local el concepto de *proximidad*, erigido en principio jurídico por el artículo 4.3 de la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL): “El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos”.

3. La autonomía local fortalece, en tercer lugar, el *principio de economía y eficiencia*, que parte del entendimiento de la *relación del ciudadano con el poder público* como una relación prestacional. En el Estado social, el individuo es concebido como un perceptor de servicios, y la autonomía local se justifica también en razón de la posición privilegiada de las comunidades locales –en especial de los municipios– para garantizar adecuadamente dichos servicios. La autonomía es comprendida aquí, pues, como *derecho* y como *capacidad*, tal y como la entiende el artículo 3.1 CEAL: “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*”.

Sobre la reforma local se ha hablado mucho desde hace años, si bien va a ser el actual contexto de crisis económica lo que va a hacerla efectiva. De los principios indicados, es el de *economía y eficiencia* el que parece ostentar la primacía en un contexto económico en el que el *inframunicipalismo* se tiende a considerar como el principal problema organizativo del régimen local español³. Si, hasta la fecha, han sido numerosos los intentos de reforma que no han fructificado, la crisis se ve “como una suerte de ‘ventana de oportunidad’ para racionalizar una planta

local que hasta entonces nadie se ha atrevido a cuestionar”⁴.

En consonancia con lo recién expuesto, puede afirmarse sin ambages que el punto de partida de la reforma local se encuentra en la modificación del artículo 135 de la Constitución. Así lo reconoce el Preámbulo del Proyecto, y así lo reitera el Consejo de Estado en su Informe sobre el Anteproyecto. La nueva redacción de este artículo –que, en palabras del Tribunal Constitucional, constituye un “nuevo canon de constitucionalidad”, un principio que “queda fuera de la disponibilidad del Estado y de las comunidades autónomas”⁵– exige que todas las Administraciones Públicas adecuen sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria, y, más en concreto, prevé que “las entidades locales deberán presentar equilibrio presupuestario”.

2. Breve apunte sobre el itinerario de la reforma

Quisiera comenzar resumiendo el itinerario que ha seguido la reforma, el cual se remonta hasta hace aproximadamente un año y medio.

a) En su origen se encuentra el Informe de la Comisión coordinada por el INAP, creada en febrero de 2012, cuyas propuestas fueron presentadas el 25 de mayo de 2012. Ya en este primer estadio se perfilan las líneas maestras de la reforma. Se subraya, en concreto, la aludida dimensión de la autonomía como “capacidad” de los entes locales para desempeñar sus competencias. En este sentido, el llamado “inframunicipalismo” va a ser considerado desde el inicio como el principal problema organizativo del régimen local español, y su solución se va a ver, precisamente, en el fortalecimiento de las diputaciones provinciales. Al Informe del INAP hay que añadir otro, presentado en diciembre de 2012 por el Instituto de Estudios Fiscales, en el que se analizaba el ahorro potencial de una reforma dirigida a aprovechar las economías de escala tras pasando servicios a entidades superiores. Es en este

2. *Ibíd.*, p. 65: “C’est pourtant dans la commune que réside la force des peuples libres. Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science; elles la mettent à la portée du peuple; elles lui en font goûter l’usage paisible et l’habitant à s’en servir”.

3. Sin perjuicio de que no pueda decirse, tampoco en este punto, que haya un acuerdo (*vid. Conclusiones del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante, 8-9 febrero 2013, § 3).

4. JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Presentación”, en AA. VV., *Documento Técnico. Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autnómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio 2012, p. 21.

5. STC 157/2011, FJ 3.

segundo estudio en el que se han basado los pronósticos de ahorro aportados posteriormente por el Gobierno⁶.

b) Sobre la base de las propuestas del INAP, principalmente, se redactó el Anteproyecto, que fue objeto de sucesivas versiones y fue publicado en la *web* del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el 18 de febrero de 2013. Después de diversas modificaciones, al amparo del artículo 25 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, el Anteproyecto fue remitido voluntariamente al Consejo de Estado para que formulase un dictamen.

c) El 26 de junio de 2013, el Consejo de Estado, por medio de su Comisión Permanente, emitió su Informe sobre el Anteproyecto, en el que ponía de manifiesto importantes deficiencias. Por último, exactamente un mes después, el viernes 26 de julio el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley, introduciendo algunas modificaciones.

Como ha sido anunciado repetidas veces, y como el propio nombre de la Ley sugiere, el objetivo principal de la reforma es la *mejora de la eficiencia en la gestión de las tareas municipales*, y, en particular, *evitar las duplicidades y los solapamientos*. Con el fin de lograr estos objetivos, uno de los aspectos principales de la reforma es, precisamente, el *fortalecimiento de las diputaciones provinciales*. Es este punto, como he anunciado, el que será objeto de mi exposición.

3. La reforma local española en un contexto comparado

Antes de enjuiciar la reforma, resulta oportuno situarla en el contexto del derecho comparado, puesto que, en las últimas décadas, la eliminación de duplicidades y la búsqueda del nivel apropiado para prestar los distintos servicios públicos han dado lugar a importantes reformas en numerosos países.

En los años 70, Estados como Suecia, el Reino Unido y algunos *Länder* alemanes –competentes en materia de régimen local– incentivaron o forzaron la fusión de pequeños y medianos municipios, lo que ha venido a denominarse, en el contexto de las tendencias a la racionalización de la planta local, la “estrategia del norte de Europa”. De un modo principalmente coercitivo, entre 1967 y 1978 se produjo en Alemania una importante reforma de la planta local (*Gemeindegebietsreform*), con el fin de que desapareciesen los municipios con una población inferior a 5000 habitantes. Aunque no se cumplió este objetivo, el resultado de la reforma fue una reducción del número de municipios (*Gemeinde*) de 24 282 a aproximadamente 3500 unidades administrativas –nuevos municipios en su mayoría, aunque también asociaciones de otros existentes o comunidades administrativas (*Verwaltungsgemeinschaften*)–⁷. Más recientemente, en Dinamarca se ha disminuido el número de municipios de 271 a 98 (55 000 habitantes de media) y se ha eliminado el condado, segundo nivel del Gobierno local⁸.

La llamada “estrategia del sur” de Europa –Francia, Italia y, a partir de los años noventa, Grecia– ha acometido la racionalización fomentando la cooperación voluntaria de los municipios y evitando, en consecuencia, la fusión coactiva. Según algunos autores, ha resultado menos efectiva para evitar duplicidades, motivo por el que Grecia se desvió ya en 1997 del principio de voluntariedad para retornar a la estrategia del norte. En este país, las presiones exteriores han forzado el llamado plan Calícrates, por el que se ha procedido en 2010 a la fusión de numerosos municipios, que han pasado de 1034 a 325 en un año⁹.

Francia es, con mucho, el país de nuestro entorno donde el *inframunicipalismo* alcanza sus mayores cotas. Cuenta con 101 departamentos y aproximadamente 36 500 municipios, de los cuales unos 20 000 tienen menos de 500 habitantes, y 31 500 menos de 2000. Como se ha señalado, la autonomía en tan pequeñas localidades “es pura ficción”, y las dotaciones

6. Vid. IEF, *Informe sobre el ahorro potencial por establecimiento de un coste estándar de la prestación de servicios en el ámbito local y por la limitación de la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas de los municipios*, diciembre 2012; vid. también, crítico con el Informe del IEF, el trabajo de VELASCO CABALLERO, F., “Sobre el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Una reforma sin fundamento empírico y por tanto arbitraria”, *Boletín del Instituto de Derecho Local*, 44, enero-febrero 2013.

(http://www.idluam.org/images/files/boletines/index_44_3_archivos/Page426.htm)

7. PÜTTNER, G., “Kommunale Selbstverwaltung”, en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, § 107, Müller, Heidelberg, 1999, n. 40 (p. 1184).

8. HEINELT, H., “Análisis comparado de la situación de la planta municipal y de la estructura y funciones de los Gobiernos locales intermedios en países de la Unión Europea”, en AA. VV., *Documento Técnico*, cit., pp. 86-87.

9. *Ibid.*, pp. 88-89.

del Estado resultan excesivamente costosas¹⁰. Aquí, las políticas tendentes a la fusión voluntaria han tenido poco éxito, como demostró la *Ley de 16 de julio de 1971* –de la que se esperaba que propiciase la desaparición de unos 10 000 municipios, cuando en realidad tan solo se unieron 2200 en 897 fusiones–. Con la *Ley de 16 de diciembre de 2010* –aprobada a raíz de las conclusiones del *Comité Ballardur*– se ha facilitado el proceso de agrupación de municipios en entidades superiores, y sobre todo se ha fomentado y racionalizado la cooperación intermunicipal. Asimismo, se ha mejorado la legitimidad democrática de las principales *entidades públicas de cooperación intermunicipal* (EPCI) estableciendo en ellas un mecanismo de elección directa con algunas restricciones normativas.

Una reforma particularmente relevante es la que se está acometiendo en Italia, donde la vía por la que se ha optado consiste en acabar con las provincias. Ante las dificultades que esta tarea presenta –dado que la provincia se encuentra garantizada por el artículo 114 de la Constitución italiana– el Gobierno de Monti aprobó, en el marco del Decreto-ley 201/2011 *Salva Italia*, una importante reorganización y reducción de poderes del sistema provincial. Conforme al artículo 23.18 del Decreto-ley, el Estado y las regiones habían de delegar a los municipios –o, en su caso, a las regiones–, antes del 31 de diciembre de 2012, aquellas competencias que correspondían a las provincias. De acuerdo con el artículo 23.14 del Decreto, las provincias mantendrían “exclusivamente las funciones de dirección política y coordinación de las actividades de los municipios”¹¹. Este vaciamiento de funciones pretendía salvar el escollo que supone la garantía institucional de la provincia (prevista en el artículo 114 de la

Constitución italiana). No ha sido así, y el 3 de julio el Tribunal Constitucional ha considerado inconstitucional llevar a cabo una reforma orgánica de este calado por decreto-ley¹². La reacción del Gobierno de Enrico Letta ha sido, como bien sabemos, la aprobación de un proyecto de reforma constitucional dirigido a eliminar las provincias.

Una vez hecha esta breve introducción comparada llegamos a España, donde el eje de la racionalización parece que no va a residir tanto en la eliminación de la provincia –constitucionalmente garantizada– cuanto en paliar las consecuencias de la profusión de municipios pequeños. De acuerdo con los datos del Registro de Entidades Locales, de los 8116 municipios que existen en nuestro país, 5800 no llegan a los 2000 habitantes, más de la mitad no llegan a 1000, y sólo 416 pasan de los 20 000¹³. Habida cuenta de las dificultades que encontrarían los pequeños municipios para ejercer con solvencia sus funciones, el inframunicipalismo se traduce –según advierten los impulsores de la reforma– en una merma de la calidad de los servicios públicos. De acuerdo con los datos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el gasto medio total de los servicios mínimos sería, en municipios de más de 100 000 habitantes, de 445,44 euros, y de 1219,98 euros en municipios de menos de 5000¹⁴.

Para paliar el problema que se ha visto en las duplicidades, en un principio se descartó la fusión voluntaria de municipios, por la probable renuencia de las autoridades locales a perder poder y de los ciudadanos a disolver su municipio en otros mayores¹⁵. Tampoco se optaba por las fusiones imperativas, debido a las ventajas que se han percibido en el aprovechamiento de las diputaciones provinciales –de un tama-

10. Vid. MOREAU, J., “La reforma de los entes territoriales en Francia y la Ley de 14 de diciembre de 2010”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 27, 2012, pp. 51 y ss.

11. Vid. más ampliamente, v. gr., RAGONE, S., “El régimen local italiano: ¿un sistema ‘en peligro de extinción’? Reflexiones a raíz del actual proceso de reforma”, *Anuario del Gobierno Local*, 2011, pp. 69 y ss; y BORGONOVO RE, D., “La provincia como chivo expiatorio de los males de la política italiana”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 27, 2012, pp. 56 y ss.

12. Sentencia CC Italiana 220/2013, de 3 de julio.

13. Sobre la crítica generalizada del excesivo número de municipios en España, vid. v. gr. REBOLLO PUIG, M., “La crisis económica y la oportunidad de reducir el número de municipios”, en COSCULLUELA MONTANER, L. y MEDINA ALCOZ, L. (dirs.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 196-197.

14. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Presentación de la reforma para la racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, 15.2.2013, p. 4. Vid. también ARENILLA, M., “Planta municipal: análisis y propuestas para hacer más eficiente el gobierno municipal en el Estado autonómico”, en *Documento Técnico*, cit., pp. 160-161.

15. Respecto a las razones sociológicas, vid. v. gr. ALMEIDA CERREDA, M., “La reforma de la planta, organización, articulación y estructura competencial de la Administración local”, *Documento presentado al VIII Congreso de la AEPDA, celebrado los días 8 y 9 de febrero de 2013*, pp. 15-16; vid. también COSCULLUELA MONTANER, L., “Presentación”, en COSCULLUELA MONTANER, L. y MEDINA ALCOZ, L. (dirs.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 37-38; y MORENO MOLINA, Á. M., “La Administración local desde la perspectiva europea”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 27, 2012, pp. 89-90.

ño razonable y, sobre todo, arraigadas históricamente y constitucionalmente garantizadas— frente a la creación de nuevas estructuras locales¹⁶. En cuanto a los niveles locales intermedios—existen 1021 mancomunidades, 81 comarcas, 3 áreas metropolitanas, 2 entidades metropolitanas y 20 agrupaciones de otro tipo en nuestro país, centradas principalmente en el abastecimiento de agua y en la recogida y tratamiento de residuos—, se han considerado excesivamente numerosos y costosos para paliar las dificultades que encuentran los municipios individualmente¹⁷. Además, a estas entidades se achaca una gran opacidad en la gestión económica, mayor que la que se imputa a la provincia¹⁸. En síntesis, la provincia ha sido considerada por los impulsores de la reforma como un "espacio de referencia territorial que resulta idóneo para numerosas políticas territoriales"¹⁹.

4. El Anteproyecto de Ley y el Informe del Consejo de Estado

En relación con el *fortalecimiento de las provincias* en detrimento de los pequeños municipios, la estrategia para llevarlo a cabo ha sido modificada tras el crítico Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto. Tanto este como el Proyecto de Ley remitido posteriormente a las Cortes dividen las competencias municipa-

les en propias (1), delegadas (2) e impropias (3). Asimismo, el artículo 26.1 de uno y otro texto se refiere a los *servicios obligatorios* que han de prestar los municipios en función de la población. En el artículo 26.2 del Anteproyecto de Ley se introducía, sin embargo, una exigencia que ha desaparecido del Proyecto: el requisito de prestar dichos servicios con arreglo a un *coste estándar*, cuya inobservancia por parte de los pequeños municipios—los de tamaño inferior a 20 000 habitantes—determinaría su desapoderamiento²⁰. Esta era, seguramente, la reforma de mayor alcance por lo que se refería a la racionalización de la planta local, puesto que pretendía llevar a cabo una disociación del municipio entendido como *unidad de participación* del municipio considerado como una *entidad prestadora de servicios*²¹.

El "coste estándar" fue una de las previsiones más criticadas por el Consejo de Estado, puesto que implicaba un eventual desapoderamiento injusto, que podría constituir una *injerencia inadmisibles en la autonomía local* garantizada a los municipios por los artículos 137 y 140 CE. Y ello no por el hecho de que, como tal, el "coste estándar" supusiese una reducción de las competencias municipales—algo que entra dentro de la competencia básica del Estado—, sino por diversos motivos:

a) *Porque se llevaba a cabo una injerencia en las competencias atribuidas a los municipios a través de*

16. ARENILLA, M., *cit.*, p. 187.

17. *Vid.* un diagnóstico sobre las ventajas e inconvenientes de las mancomunidades como fórmula cooperativa en ALMEIDA CERREDA, M., "La reforma de la planta, organización, articulación y estructura competencial de la Administración local", *cit.*, pp. 46-48.

18. Según los datos del Ministerio de Administraciones Públicas, el 71,3 % de las mancomunidades incumplen sus deberes de rendición de cuentas, cifra que se eleva al 85,2 % en el caso de las agrupaciones de municipios. El incumplimiento de las diputaciones provinciales se sitúa, por el contrario, en el 9,8 %. *Vid.* MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Presentación de la reforma para la racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, *cit.*, p. 8; en el mismo sentido, *vid.* ARENILLA, M., "Planta municipal: análisis y propuestas para hacer más eficiente el gobierno municipal en el Estado autonómico", *cit.*, pp. 210 y ss.

19. *Ibíd.*, p. 197.

20. "Por real decreto, oídas las comunidades autónomas y previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local, se establecerá el coste estándar de los servicios previstos en este precepto, determinando la periodicidad y procedimiento de evaluación de los mismos. En el mismo real decreto se establecerán las condiciones en que los municipios deben publicar el coste y la eficiencia de estos mismos servicios" (artículo 26.2 *Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local - Versión de 24 de mayo de 2013*; en adelante, *Anteproyecto*); "En los municipios con población inferior a 20 000 habitantes, las diputaciones, o los cabildos o consejos insulares en su caso, asumirán el ejercicio de las competencias para la prestación común y obligatoria, a nivel provincial o infraprovincial, de los servicios previstos en este precepto, cuando la prestación en el ámbito municipal, ya sea en razón de la naturaleza del servicio, la población, o la sostenibilidad financiera, no cumpla con el coste estándar de los servicios a que se refiere el apartado anterior, o sea ineficiente en atención a las economías de escala" (artículo 26.3 *Anteproyecto*).

21. "En definitiva, se trataría de crear un doble nivel local; en el primero se mantendrían los municipios como comunidad política y de participación ciudadana, excepto en el caso de que no alcanzasen un cierto nivel mínimo de población; en el segundo se concentrarían las políticas activas de base territorial que garantizaran un catálogo de servicios para toda la población" (ARENILLA, M., *op. cit.*, p. 210).

una “habilitación en blanco”²² al Gobierno. Y es que, en relación con el contenido del Real Decreto, no se predeterminaba legalmente nada (órgano evaluador, procedimiento, etc.). A mi juicio, esta crítica –unida a la de la falta de representatividad de las diputaciones provinciales– es la más relevante del Informe, dado que la autonomía local es “el derecho” de los municipios “a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local” (artículo 28.2 LFB). La medida del coste estándar supondría una injerencia cierta en el derecho de los municipios, y, como tal, no debería dejarse completamente al albur del Gobierno. Aunque el Consejo de Estado no lo cita, conviene recordar al respecto que el artículo 4.1 CEAL afirma que “las competencias básicas de las entidades locales vienen fijadas por la Constitución o por la ley”. La inseguridad en que quedaba el municipio con la remisión al Real Decreto era, pues, excesiva, dado que suponía –en palabras del Consejo de Estado– la atribución a los municipios de la autonomía local en precario.

b) Una segunda crítica del órgano consultivo es que *el Anteproyecto no tomaba en consideración las especificidades de los municipios, sino que preveía un único coste estándar para todos ellos*²³. Hay que tener en cuenta que la traslación de los servicios obligatorios prestados por encima del coste estándar afectaría a todos los municipios con menos de 20 000 habitantes, que son el 96,19 % del total (7717 de 8116). La falta de una modulación del coste estándar en función de las características de los distintos tipos de municipios constituiría una objeción de naturaleza material, referida no tanto al incumplimiento de garantías formales –como sucedía con la objeción anterior– sino a la falta de proporcionalidad de la intervención en la autonomía.

c) En tercer lugar, sostenía el Consejo de Estado que *la evaluación individualizada del coste estándar de los distintos servicios podría “hacer operar de manera inadecuada las obligaciones de estabilidad presupuesta-*

*ria y de sostenibilidad financiera” previstas en la Ley Orgánica 2/2012*²⁴. Ello se produciría al someter a control cada competencia o servicio, con independencia de que el ejercicio de competencias por parte del municipio fuese eficiente en su conjunto. A mi juicio, esta crítica del Consejo de Estado no resulta tan incisiva como las anteriores, dado que ampliar las exigencias de eficiencia económica no supone propiamente contradecir la Ley Orgánica 2/2012. Lo fundamental ha de ser, en rigor, la proporcionalidad y la legalidad de los estándares fijados, no el hecho de que se impongan obligaciones añadidas a las de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria. Es oportuno insistir, para evitar excluir toda capacidad de control o de subordinación del ejercicio de las competencias a un mínimo de eficiencia, en que la autonomía no es solo un derecho, sino, como afirma el artículo 3.1 CEAL, una “capacidad efectiva”.

d) El Consejo de Estado criticaba, en cuarto lugar, la traslación del ejercicio de las competencias municipales a las diputaciones provinciales, dado que *estas son “entidades locales de representación indirecta” con competencias “funcionales” de asistencia*²⁵, *pero sin la legitimidad política de que gozan los ayuntamientos para prestar sus funciones materiales*. Esta observación es, a mi juicio, otra de las tesis más significativas del Informe. Las provincias, en suma, no son consideradas entidades adecuadas para asumir la responsabilidad primaria sobre unas competencias materiales cuyo ejercicio ha de estar sujeto a responsabilidad política.

Estamos ante una crítica que encuentra cierto respaldo en el derecho de otros países. Así, por ejemplo, los presidentes de los *Landkreise* alemanes –el Gobierno local de segundo nivel equivalente a la provincia– son elegidos todos directamente –con la excepción de los de Baden-Wurtemberg y Brandeburgo–²⁶. En Francia, una de las propuestas de la Comisión Balladur fue, precisamente, la de “instaurar la elección de los órganos deliberantes de las entidades públicas de coopera-

22. Vid. Informe del Consejo de Estado 567/2013, sobre el Anteproyecto de Ley de Sostenibilidad y Racionalización de la Administración Local, Segundo, V.a.2 (en adelante, Informe C-E).

23. Según el Consejo de Estado, “no parece adecuado que este deba ser único para todos los municipios, habida cuenta de la gran heterogeneidad que caracteriza la realidad municipal española; ello aconseja sugerir que se introduzcan tales factores de corrección, que habrían de atender a diversas variables, como la orografía, el clima o la estructura social y económica del municipio, entre otros” (Informe C-E, Segundo, V.a.2).

24. *Ibíd.*

25. *Ibíd.*

26. HEINELT, H., “Análisis comparado de la situación de la planta municipal y de la estructura y funciones de los Gobiernos locales intermedios en países de la Unión Europea”, en *Documento Técnico*, cit., p. 90.

ción intermunicipal (EPCI) que tengan fiscalidad propia por medio de sufragio universal directo, simultánea a la elección de los concejales y con base en la misma lista"²⁷. Y en el malogrado Decreto *Salva Italia*, aunque una de las reformas pretendía sustituir la elección directa de las provincias por una elección indirecta, aquella reforma iba acompañada de un debilitamiento de estas entidades. Finalmente, la elección directa de los niveles locales intermedios es una exigencia de la CEAL, inaplicable en España merced a una reserva en la ratificación del Tratado²⁸.

e) El Informe aludía también a algunas *incongruencias en el sistema de traspaso*. Concretamente, censuraba que no se previesen la posibilidad y las consecuencias de que las diputaciones no cumplieren sus cometidos con arreglo al coste estándar; y que tampoco se considerase la posibilidad de que la diputación acordase no asumir los servicios que la ley le asignaba.

f) Se mencionaba expresamente en el Dictamen del Consejo de Estado la STC 32/1981, que afirmó que "el legislador puede disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes, pero no eliminarlas por entero y, lo que es más, el debilitamiento de su contenido solo puede hacerse con *razón suficiente* y nunca en daño del principio de autonomía"²⁹. Me parece que esta cita requiere alguna matización, dado que la sentencia se refiere no al desapoderamiento condicionado de competencias de los municipios que no son capaces de ejercerlas, sino a un vaciamiento general, un desapoderamiento de la entidad municipal como tal. En este caso, no se trataba propiamente de un desapoderamiento general de los ayuntamientos, sino de someter el ejercicio de sus competencias a la capacidad para desempeñarlo. Esto no quiere decir, obviamente, que las medidas que delimitan la capacidad de los municipios para ejercer sus competencias no entrañen una

afectación a su autonomía, ni que dejen de estar sujetas al principio de legalidad y al principio de proporcionalidad.

5. El Proyecto de Ley

Como he referido al comienzo de este trabajo –y como afirma expresamente el Consejo de Estado–, la tramitación del Anteproyecto fue larga, y en ella tuvieron parte diversas entidades aportando ideas, etc. En contraste, el Proyecto ha sido remitido a las Cortes Generales al mes del Informe del Consejo, acogiendo parcialmente sus indicaciones. Se ha sustituido la estrategia de vaciar competencias de los municipios ineficientes por una doble estrategia de *incentivo de la fusión de municipios* (1) y de *potenciación de la función coordinadora de las diputaciones* (2).

En relación con el tema que nos ocupa –el fortalecimiento de las provincias–, se han eliminado las referencias al *coste estándar*, y se ha incluido la obligación de determinar el *coste efectivo* de los servicios que prestan y remitirlo al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas³⁰. En adición a ello, el Proyecto prevé que, para los municipios con población inferior a 20 000 habitantes, la diputación provincial se ocupará de "coordinar" la mayoría de los servicios obligatorios a que se refiere el artículo 26.1 del Proyecto³¹.

La primera cuestión que surge es en qué consiste la "coordinación" provincial recién aludida. Esta se define en el Proyecto como la facultad de proponer, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación: ora la "prestación directa por la diputación", ora la implantación de "fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u

27. Vid. MOREAU, J., *op. cit.*, p. 55. Sobre el eco de la propuesta en la Ley de 16 de diciembre de 2010, *ibíd.*, p. 53.

28. Vid., más ampliamente, ALMEIDA CERREDA, M., *op. cit.*, pp. 2 y 40-41.

29. STC 32/1981, FJ 3.

30. "1. Todas las entidades locales calcularán antes del día 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior. 2. El cálculo del coste efectivo de los servicios tendrá en cuenta los costes reales directos e indirectos de los servicios conforme a los datos de ejecución de gastos mencionados en el apartado anterior: Por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas se desarrollarán estos criterios de cálculo. 3. Todas las entidades locales comunicarán los costes efectivos de cada uno de los servicios al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su publicación" (artículo 116 *ter* Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local; en adelante, Proyecto).

31. "En los municipios con población inferior a 20 000 habitantes será la diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios: a. Recogida de residuos. b. Limpieza viaria. c. Abastecimiento domiciliario de agua potable. d. Acceso a los núcleos de población. e. Pavimentación de las vías. f. Tratamiento de residuos" (artículo 26.2 Proyecto).

otras fórmulas”³². Los municipios podrán conservar la prestación del servicio únicamente cuando acrediten que pueden prestarlo a un *coste efectivo inferior* al que se desprende de la forma de gestión decidida por la diputación provincial³³.

En esta explicación se advierte a primera vista la sustitución del *coste estándar* del Anteproyecto por un nuevo concepto aparentemente similar: el *coste efectivo*. En realidad, son parámetros que poco tienen que ver, porque lo que ha cambiado es el sistema en su conjunto: no se condiciona la prestación de los servicios mínimos a la capacidad de cubrir un coste estándar, sino que se atribuye la llamada “coordinación” de la mayoría de los servicios mínimos a las diputaciones –quedan fuera el alumbrado público, el cementerio y el alcantarillado; y, en municipios de población superior a los 5000 habitantes, el parque y la biblioteca pública y el mercado–. La cuestión es, como he anticipado, qué se entiende exactamente por “coordinación”. Parece más bien que se trata de una “atribución” de la competencia a las diputaciones, porque son ellas las que decidirán entre formas de gestión compartida o prestación directa por la propia diputación. Aunque ni siquiera esto se desprende con claridad del texto del Proyecto, el cual afirma que la propuesta de la diputación se hará “con la conformidad de los municipios afectados”. Nada se dice, de todos modos, sobre la ausencia de tal “conformidad”; sin embargo, en un párrafo posterior del artículo 26.2 del Proyecto se alude a “la forma de gestión *decidida* por la diputación o entidad equivalente”, lo que permite despejar las dudas sobre quién tiene la última palabra. La decisión sobre el modo de prestar estos servicios queda fuera, pues, de la competencia de los municipios.

Según el Tribunal Constitucional, “la coordinación no entraña la sustracción de competencias propias de las entidades coordinadas, sino que implica tan solo un límite al ejercicio de las mismas”³⁴. No estamos, en consecuencia, ante una verdadera tarea de coordinación, sino ante la atribución de una competencia decisoria,

que podría llegar a consistir en la asunción del servicio por parte de la diputación. Valga esta observación no tanto como anticipación de un juicio de inconstitucionalidad sobre la norma, sino como simple aclaración de los conceptos legales. En síntesis, la decisión sobre el modo de prestación de los servicios mínimos se atribuye directamente a la diputación, y la acreditación de que los servicios se prestan a un *coste efectivo inferior* a la forma decidida por la diputación constituye una condición para “recuperar” la titularidad del servicio.

Con los datos expuestos, hemos de preguntarnos –máxime teniendo en cuenta el crítico Informe del Consejo de Estado– si el traspaso a la diputación de la decisión sobre la prestación de los servicios mínimos aludidos, en municipios de menos de 20 000 habitantes, y la condición fijada para recuperarla, podrían vulnerar la “autonomía local”. Cabe hacer al respecto las observaciones siguientes:

a) El *coste estándar* discrecionalmente fijado por el Gobierno había sido criticado por el Consejo de Estado por violar exigencias básicas de predeterminación legal. Desde el *punto de vista formal*, desapareciendo la remisión en blanco al Real Decreto perecen también los reparos aludidos por el Consejo de Estado. Se “gana” en seguridad jurídica, en la medida en que las competencias municipales respecto a los servicios mínimos ya no dependen del Real Decreto.

b) Desde el *punto de vista material (del contenido)*, la injerencia es sin embargo mayor, porque los servicios mínimos se traspasan inmediatamente. Se traslada la decisión sobre el modo de prestar los principales servicios obligatorios en todos los municipios de menos de 20 000 habitantes.

c) El *juicio de constitucionalidad* sobre el traspaso aludido a las diputaciones ha de depender, en última instancia, de la conexión que se aprecie entre las competencias traspasadas y la autonomía local. Hay que subrayar que es esta –la autonomía local– un concepto jurídico indeterminado, y, por lo tanto, sus contornos no son evidentes.

32. “Para coordinar la citada prestación de servicios la diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la comunidad autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera” (artículo 26.2 Proyecto).

33. “Cuando la diputación o entidad equivalente acredite en un informe, a petición del municipio, que este puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión decidida por la diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios” (artículo 26.2 Proyecto).

34. STC 27/1987, FJ 5.

d) Si se entiende que la decisión sobre el modo de prestación de los servicios mínimos traspasados en municipios de menos de 20 000 habitantes forma parte del "núcleo" de la autonomía local –como parece desprenderse del Informe del Consejo–, el nuevo sistema de traspaso podría tildarse de inconstitucional. Según el Dictamen del Consejo de Estado, "disponer la supresión de contenidos fundamentales de la autonomía local con base en el incumplimiento de un parámetro económico –y único– configurado como elemento del que depende la continuidad de la prestación de servicios por parte del municipio puede afectar negativamente al núcleo esencial de la garantía institucional antes explicada, sin que pueda obviarse, además, que la traslación de competencias actúa a favor de las diputaciones provinciales, que son entidades representativas de segundo grado no sujetas, por tanto, en cuanto a composición, a mecanismos de elección directa". Si fuera objeto de un nuevo dictamen del Consejo de Estado, la reforma recibiría, probablemente, el mismo reproche.

6. Conclusión: un final precipitado después del Informe del Consejo de Estado

De un modo más bien sintético, en las páginas anteriores he tratado de exponer uno de los principales cambios que, en relación con el papel de las provincias, podrían producirse con la próxima reforma local, si se sigue el tenor del *Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* remitido a las Cortes Generales.

Se trata de una reforma que –a juicio del Consejo de Estado– comporta restricciones para nada desdeñables a la autonomía local. Como acabo de indicar, es este un

concepto jurídico indeterminado, por lo que sostener que el traspaso de la decisión sobre el modo de prestación de los servicios mínimos mencionados en municipios inferiores a 20 000 habitantes atenta contra la autonomía local, es un asunto sometido a debate. Con todo, parece lógico concluir, cuando menos, que el final de la reforma ha sido un tanto precipitado. Tras el Dictamen del Consejo de Estado, el Gobierno podría haberse tomado un tiempo mayor de reflexión y ensayar fórmulas que sirviesen para reducir el gasto, en lugar de reincidir en los puntos explícitamente criticados.

Se ha subrayado –no sin acierto– que una reforma de este calado no puede realizarse exclusivamente con la mira puesta en lo económico, puesto que, de un lado, sus males preexisten a la crisis, y, de otro, el impacto del sector público local en la presente coyuntura económica española es comparativamente escaso³⁵. Existe, además, un cierto escepticismo entre los administrativistas respecto a la "provincialización" de los servicios –que coincide en buena medida con las razones apuntadas por el Consejo de Estado–³⁶.

Al mismo tiempo, sin embargo, gran parte de los autores admiten que la reordenación de competencias y funciones municipales tendría un efecto positivo en la prestación eficiente de servicios y en la reducción del gasto público³⁷. De ello se desprende que, aunque el *inframunicipalismo* no sea el principal problema de nuestro mapa local, tampoco puede decirse que sea inocuo. La experiencia comparada y numerosas voces autorizadas en nuestro país urgen a la prudencia en el gasto. La reforma habrá de ser objeto de correcciones, aunque estas no podrán desconocer que la racionalización de la planta local ha de tener en cuenta la *capacidad* y la *eficiencia* en la gestión de las competencias, condiciones indispensables para el ejercicio de su autonomía local. ■

35. Vid. por todos ALMEIDA CERREDA, M., *op. cit.*, pp. 2 y 13-15; EMBID IRUJO, A., "Crisis económica y reforma local", *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, cit., pp. 465 y ss.

36. *Conclusiones del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante, 8-9 febrero 2013, §§ 3, 6 y 7.

37. *Ibid.*, § 5.

33_{QDL}

Ponencias, crónicas y notas

La capacidad del empresario: la relación entre el objeto social de las empresas y el objeto de los contratos del sector público

Juan Carlos Gris González

Secretario general de la Diputación Provincial de Zamora

1. Introducción
2. El objeto social como límite a la capacidad de obrar de las personas jurídicas
3. Medios acreditativos de la capacidad de obrar de las empresas
4. Algunos supuestos especiales: las uniones temporales de empresas, las agrupaciones de interés económico, las asociaciones y las sociedades cooperativas
 - 4.1. Las uniones temporales de empresas
 - 4.2. Las agrupaciones de interés económico
 - 4.3. Las asociaciones y las sociedades cooperativas
5. Conclusiones

Resumen

El presente estudio aborda, desde una óptica eminentemente práctica, la trascendencia del objeto social de las personas jurídicas a los efectos de determinar su capacidad de obrar. Particularmente, y desde el punto de vista apuntado, se analizan el papel del objeto social como límite de la capacidad de obrar, los medios a través de los que puede acreditarse la susodicha capacidad de obrar, y las peculiaridades de la materia en algunos tipos de personas jurídicas, como las uniones temporales de empresarios, las agrupaciones de interés económico, las asociaciones y las sociedades cooperativas.

Palabras clave: *capacidad de obrar; objeto social; objeto del contrato; medios acreditativos; unión temporal de empresas; agrupación de interés económico; asociación; sociedad cooperativa.*

The legal capacity of the entrepreneur: the relationship between the statutory activity of legal entities and the subject of public contracts

Abstract

This article analyzes, from a mainly practical standpoint, the relevance of the statutory activity of a legal entity in relation to its legal capacity. Specifically, the article addresses the following aspects: the role of the statutory activity with respect to the limits to legal capacity; the means of evidence referred to legal capacity, and the particularities of this issue in relation to some legal entities like temporary union of employers, economic interest groups, associations and cooperatives.

Keywords: *legal capacity; statutory activities; subject of the contract; means of evidence; temporary union of employers; economic interest group; association; cooperative.*

1. Introducción

La capacidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos u obligaciones, o la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho.

Doctrinalmente se distingue entre capacidad jurídica –o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones–, que tiene toda persona por el hecho de existir, y capacidad de obrar –o de realizar con validez y eficacia un concreto acto o negocio–, que únicamente poseen las personas que gozan de una serie de cualidades.

La vigente legislación de contratos del sector público, en cuanto a los requisitos que han de reunir los que pretenden contratar con la Administración, no regula de una manera expresa el de personalidad, sino que se centra en el de la capacidad de obrar, por entender que el segundo engloba necesariamente al primero, de tal suerte que el dato de la personalidad es presupuesto básico para la contratación, no pudiendo acceder a la misma quienes carezcan de este requisito (por ejemplo, comunidades de bienes), con la única salvedad de que un precepto legal exceptúe expresamente de tal requisito (como sucede, como más adelante veremos, con las uniones temporales de empresarios).

De este modo, el artículo 54.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, dispone que solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

Se reclama, también, en el segundo apartado del precepto citado, que los empresarios cuenten con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya su objeto¹.

A esto se suma que la falta de capacidad de obrar se sanciona, en el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, con la nulidad de pleno derecho del contrato, de ahí la importancia del cumplimiento de tal requisito.

Pero ocurre que el tema de la capacidad de obrar es bastante más complejo en el caso de las personas jurídicas que en el de las personas físicas, ya que mientras estas últimas tienen una capacidad de obrar genérica, cuya falta ha de ser suplida por los medios que conoce el ordenamiento jurídico civil, la capacidad de obrar de las primeras necesariamente ha de ser puesta en relación con su objeto social. En consecuencia, es este aspecto, el de la vinculación entre el objeto social y la capacidad de obrar de las personas jurídicas, sobre el que vamos a centrar nuestro estudio.

2. El objeto social como límite a la capacidad de obrar de las personas jurídicas

El objeto social, es decir, la expresión de la actividad o actividades a las que se va a dedicar la sociedad, constituye uno de los puntos que, como contenido mínimo, deben recoger los estatutos sociales, tal y como prescribe el artículo 23 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, esta previsión no ha impedido, sin embargo, que se genere una larga disputa doctrinal en torno a si ese objeto social determina o no la capacidad de obrar de la sociedad. Y en el fragor de esa disputa encontramos tres posturas: por un lado, la de aquellos que afirman que la capacidad de obrar de las personas jurídicas está fijada por sus fines sociales; por otro, la de quienes, basados en la doctrina germanica, entienden que el objeto social no limita ni vincula la capacidad de las sociedades en el derecho español; y finalmente la de los que se ubican en una posición intermedia y señalan que, si bien la capacidad es general, los actos ajenos a las finalidades sociales serían meramente anulables, subsanables, confirmables y ratificables, siendo un mero problema de representación².

La primera línea de opinión basa su teoría en la propia normativa de las sociedades de capital, la cual vincula la capacidad de obrar con el objeto social de las empresas. Así, como ejemplo de esto, citan sus defensores el hecho de que, en dicha normativa, se enlaza la personalidad jurídica de la empresa a su inscripción en el Registro Mercantil, la cual, a su vez, se materializa

1. Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y Resolución núm. 37/2012, de 3 de febrero de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, rec. 345/2012.

2. Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 1991.

mediante la presentación de la escritura de constitución donde constan los fines sociales³.

Los valedores de la segunda postura argumentan, por su parte, que en nuestro derecho, por principio, las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general que se extiende a todo campo, sin que el fin de ellas constituya por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica solo existe en el límite cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece. Concluye, entonces, esta tesis que las personas jurídicas son reales y capaces, aunque se extralimiten en su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos⁴.

Gallego Córcoles, en una postura intermedia entre las dos anteriores, indica que hay que tener en cuenta que las sociedades mercantiles tienen delimitado su objeto social en las cláusulas estatutarias, si bien esto no significa que las actuaciones realizadas que sean contrarias o ajenas al objeto social estén viciadas de nulidad absoluta y radical, ya que se reconoce a las sociedades una capacidad general para actuar en derecho. Continúa diciendo la profesora que la especificación del objeto social se dirige, entre otros objetivos, a limitar las facultades de representación de los administradores de la sociedad, y, así, los efectos de los actos ajenos o contrarios al objeto social. Por lo demás, ultima Gallego Córcoles, recordando que las sociedades de capital quedan obligadas frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social⁵.

No obstante, la polémica doctrinal expuesta está, a día de hoy, totalmente superada en el ámbito de los contratos del sector público, ya que, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se ha consagrado la absoluta ligazón de los fines, objeto o ámbito de actividad de las empresas a

las prestaciones que constituyen el objeto del contrato en cuestión. Incluso se podría decir que este principio había sido incluido en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Ley de Contratos del Sector Público, puesto que, aunque el 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, se había limitado a marcar esta relación exclusivamente para los contratos de servicios, la doctrina la había hecho extensible al resto de contratos administrativos⁶.

En consecuencia, dentro del ámbito de la contratación pública se exige que entre el objeto del contrato y el fin social de la persona jurídica exista una vinculación o relación directa, de manera que, si esta no se da, no podrá concurrir a la licitación⁷. Dicho de otro modo, el objeto social determina la capacidad de la sociedad para la celebración de contratos, no pudiendo contratar aquellas prestaciones que estén fuera de su objeto social⁸.

En este sentido, el artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, limita el ámbito objetivo de los contratos públicos en torno a los que las empresas pueden ostentar la condición de adjudicatarios, al establecer que “Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”. Por consiguiente, tendremos que estar a la delimitación del objeto social que se contenga en el documento de constitución o fundacional de la sociedad.

No existe, pues, en los contratos administrativos duda de ninguna clase sobre la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata⁹. Es decir, debemos entender que la capacidad de las personas jurídicas se define, con carácter

3. Informe 8/2005, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

4. Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 1999 y del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002, y Resolución de 8 de octubre de 1964 de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

5. GALLEGO CÓRCELES, I., “La capacidad de obrar del contratista”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 70, Sección Informe de Jurisprudencia, diciembre 2007, pág. 38, editorial La Ley.

6. Informe 4/99, de 17 de marzo de 1999, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

7. Resolución núm. 169/2012, de 3 de agosto de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, rec. 152/2012.

8. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 3, Sección Consultas, quincena del 15 al 27 feb. 2008, ref. 378/2008, pág. 378, tomo 1, editorial La Ley.

9. Por todos, informes 4/99, de 17 de marzo de 1999, 20/00, de 6 de julio de 2000, y 32/03, de 17 de noviembre de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

general y para cualquier contrato del sector público, por su objeto social.

Ahora bien, lo que no se aborda en la legislación de contratos públicos es el alcance o grado de amplitud con que debe estar definido el objeto social, así como la necesidad o no de equivalencia o identidad entre el mismo y las prestaciones objeto del contrato, o el suficiente encaje de tales prestaciones dentro de un objeto social definido en términos amplios, por lo que el problema surge cuando los términos de tal objeto social plantean incertidumbres sobre las prestaciones amparadas por el mismo.

En este punto hay que remarcar que la Ley no exige una exacta identidad o equiparación de la definición de las prestaciones propias con las del objeto contractual, de modo que entendemos que basta con la simple valoración de hallarse incluidas tales prestaciones en el objeto social¹⁰.

Siguiendo por lo tanto tal criterio, aunque no haya una identidad de la definición del objeto social de la empresa con las prestaciones objeto del contrato, debe entenderse a la empresa con suficiente capacidad de obrar si se considera que tales prestaciones se encuentran amparadas en el objeto social definido en términos amplios¹¹.

Así, la opinión generalizada sobre el objeto social sostiene que forman parte de este los actos de desarrollo o ejecución del objeto, sea de forma directa o indirecta, los actos complementarios o auxiliares para ello, los actos neutros o polivalentes, e incluso también los actos aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos no los actos ajenos al objeto sino los “claramente contrarios a él”, es decir, los actos contradictorios o denegatorios del objeto social.

Y en el terreno de los contratos del sector público esto supone que, si bien las prestaciones objeto del contrato tienen que estar comprendidas en los fines, el objeto o el ámbito de la actividad de la empresa, no es necesaria una coincidencia literal entre el objeto social y el del contrato, siendo el órgano de contratación quien debe valorar esta adecuación¹². Una interpretación diferente o excesivamente rigurosa podría dar lu-

gar a la exclusión injustificada del empresario del procedimiento de contratación.

En definitiva, y a modo de conclusión, podemos colegir que, desde la óptica de la jurisprudencia y la doctrina, se ha entendido que la capacidad general de las personas jurídicas alcanza para realizar cualquier acto que no esté expresamente prohibido por sus estatutos o por las leyes por las que se rijan.

3. Medios acreditativos de la capacidad de obrar de las empresas

Advertíamos en el apartado precedente que el objeto social era uno de los aspectos que debía incluirse en los estatutos sociales. De conformidad con ello, el artículo 72.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011 reseña que la capacidad de obrar de las personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, y si no fuera legalmente exigible, por sus estatutos, o acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda según el tipo de persona jurídica de que se trate.

En el supuesto de los empresarios no españoles que sean nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, el apartado 2 del aludido artículo 72 señala que la capacidad de obrar se acreditará por su inscripción en el Registro procedente de acuerdo con la legislación del Estado donde están establecidos, o mediante la presentación de una declaración jurada o un certificado, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de acuerdo con las disposiciones comunitarias de aplicación.

Los demás empresarios extranjeros, atendiendo al apartado 3 del reiterado artículo 72, deberán acreditar su capacidad de obrar con informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa. Precisa el artículo 10 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de

10. Informe 11/08, de 30 de abril de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares, en el que se afirma: “cabe interpretar el artículo 46.1 LCSP (actual artículo 57 TRLCSP) en un sentido amplio, es decir, que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas en los fines, objeto o ámbito de actividad de la empresa, sin que sea necesaria la coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato. Así, es suficiente que se pueda interpretar que las prestaciones objeto del contrato encajan o quedan amparadas o englobadas en estos fines, objeto o ámbito de actividad”.

11. Informe 2/2013, de 23 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón.

12. *Op. cit.* núm. 10.

la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que en dicho informe se hará constar, previa acreditación por las empresas, que figuran inscritas en el Registro local profesional, comercial o análogo o, en su defecto, que actúan con habitualidad en el tráfico local en el ámbito de las actividades a las que se extiende el objeto del contrato. Además, añade ese mismo precepto, también deberá acompañarse informe de la Misión Diplomática Permanente de España o de la Secretaría General de Comercio Exterior del Ministerio de Economía sobre la condición de Estado signatario del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, siempre que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada, o, en caso contrario, el informe de reciprocidad a que se refiere el artículo 55.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

A la vista de esta regulación, cabría preguntarse si es posible justificar la capacidad de obrar de las personas jurídicas por otras vías diferentes de las señaladas.

En este sentido, hay que hacer notar que, desde el punto de vista sustantivo, con la actualmente derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se eliminó la posibilidad, admitida en la legislación inmediatamente precedente a esta, de que las sociedades mercantiles demostrasen su capacidad mediante la escritura de modificación. Previsión esta que se mantiene actualmente en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

No obstante, esta forma de acreditación (a través de la escritura de modificación) sería plenamente admisible según la jurisprudencia antiformalista que impera en la materia, en virtud de la cual una interpretación literalista de las condiciones para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia¹³. Y más aun cuando la nombrada doctrina jurisprudencial avala igual conclusión incluso cuando no se haya presentado la escritura de constitución por parte de la empresa licitadora, pero del conjunto de las actuaciones pueda deducirse la existencia de tal documento¹⁴.

En segundo lugar, ha surgido la duda de si la simple acreditación de estar clasificado en los subgrupos exigidos en un expediente de contratación, puede ser suficiente para probar que el empresario tiene el objeto social adecuado para llevar a cabo las prestaciones del contrato.

A este respecto, se ha argumentado que el requisito de capacidad no se puede sustituir por la clasificación, que es simplemente una forma de avalar la capacidad técnica y la solvencia económico-financiera del empresario, pero no de acreditar su capacidad de obrar, todo ello con independencia de que las certificaciones de los registros oficiales de licitadores y empresas clasificadas sí que la puedan atestiguar en la medida en que incluyen la información relativa al objeto social de la empresa¹⁵.

Abundando al respecto, hay que resaltar que la simple justificación de estar clasificado en los subgrupos exigidos en un expediente de contratación, puede no ser suficiente para acreditar que el empresario tiene el objeto social adecuado para llevar a cabo las prestaciones de aquel contrato, dado que deben tomarse en consideración las particularidades del régimen de la clasificación empresarial, que puede conducir a que los subgrupos exigidos no abarquen la totalidad de las prestaciones objeto de un contrato, ya sea porque no están encuadradas en los subgrupos exigidos, ya sea porque se trata de un contrato mixto¹⁶.

Además, puede suceder que si bien el empresario, en el momento de clasificarse, tenga un objeto social que comprenda las actividades incluidas en el subgrupo en que obtiene la clasificación, posteriormente decida modificarlo, sin que esta circunstancia se comuniqué al órgano competente en materia de clasificación, incumpliendo la obligación que establece en este sentido el artículo 70.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En conclusión, la persona jurídica que concurre a la licitación de un contrato para el que se exige una determinada clasificación, aunque confirme que está debidamente clasificada, si sus estatutos o reglas fundacionales no comprenden las prestaciones objeto del contrato, deberá ser excluida de la licitación por falta de capacidad de obrar.

13. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1999.

14. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2007.

15. *Op. cit.* núm. 10.

16. *Ídem.*

Finalmente, se ha planteado el valor que pudiera darse a la situación de alta de esta en determinadas categorías del IAE. La respuesta a esta cuestión necesariamente deriva del diferente ámbito en el que nos movemos en el caso de los estatutos de una empresa, que delimitan su objeto social, y por lo tanto su capacidad de obrar, y los certificados de alta y estar al corriente del IAE, que lo que acreditan es el cumplimiento por las empresas de sus obligaciones tributarias. Es decir, estos últimos documentos constatan que la empresa ha realizado en algún momento determinadas actividades sometidas al IAE, y que ha cumplido con sus correspondientes obligaciones tributarias, pero ello no constituye el medio de delimitación del ámbito de actividades de una empresa, que podría haber realizado las mismas sin tener capacidad para ello¹⁷.

Abundando al respecto, hay que resaltar que los estatutos de una sociedad como delimitador de su objeto social y el estar dada de alta en el IAE se mueven en planos distintos, y tienen, igualmente, valores diferentes, siendo, por consiguiente, documentos separados, sin que la información que aparece en uno y en otro pueda intercambiarse o complementarse¹⁸.

Dicho todo esto, no cabe duda de que tal información, si bien no puede ser elemento sustitutivo ni acreditativo por sí del objeto social de una empresa, sí que puede servir, en determinados casos, de apoyo a la interpretación debida del contenido material del objeto social de la empresa definido en sus estatutos¹⁹.

4. Algunos supuestos especiales: las uniones temporales de empresas, las agrupaciones de interés económico, las asociaciones y las sociedades cooperativas

4.1. Las uniones temporales de empresas

Señalábamos, al inicio de este trabajo, que el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público únicamente otorgaba capacidad de obrar a quienes gozaban de personalidad jurídica, si bien precisábamos también que, como excepción, permite que una norma dote de dicha capacidad a un sujeto carente de personalidad. Pues bien, una de estas excepciones hace referencia a las uniones temporales de empresa-

rios, o lo que es lo mismo, al sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro.

Las uniones temporales de empresas pueden contratar con el sector público, aunque carecen de personalidad distinta de los empresarios que las integran, según se desprende del artículo 59 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Ahora bien, estas uniones tienen capacidad de obrar, pero ¿sería razonable interpretar que la capacidad de obrar de la unión temporal requiere que todas las sociedades que la forman tuviesen como objeto social el propio de la prestación del contrato?; o, por el contrario, ¿bastaría para dotarla de tal capacidad con que, al menos, una de las sociedades que forman la unión temporal de empresas tuviese un objeto social coincidente con el del contrato?

Para resolver la cuestión planteada se pueden distinguir, teóricamente, dos situaciones de hecho: un primer supuesto en que todas las empresas que se presentan a una licitación como UTE tienen un objeto social que tiene relación directa o indirecta con las prestaciones que integran el objeto del contrato, ya sea parcial o totalmente, y un segundo supuesto en que algunas de las empresas que se presentan a una licitación como unión temporal tienen un objeto social total o parcialmente coincidente con el objeto del contrato, pero también se incorporan alguna o algunas empresas el objeto de las cuales no tiene ninguna relación, ni directa ni indirecta, con el objeto del contrato. En este segundo caso se podrían distinguir, a la vez, dos situaciones: por una parte, cuando el conjunto de objetos sociales de las empresas de la unión temporal no cubre el conjunto de prestaciones que integran el objeto del contrato, y, por otra parte, cuando solo una o varias de las empresas que integran la unión temporal cubren por sí mismas el conjunto de prestaciones que integran el objeto del contrato.

El primer supuesto no plantea especiales problemas, más allá del hecho de que la mesa o los servicios correspondientes del órgano de contratación tienen que comprobar que entre todas las empresas que integran la unión temporal de empresas se cubre por capacidad (tanto por objeto como por solvencia) la totalidad de las prestaciones que integran el objeto del contrato.

17. *Op. cit.* núm. 11.

18. Informe 4/2010, de 25 de marzo, de la Junta Consultiva del Gobierno de Canarias.

19. Informe 2/2013, de 23 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón.

En el segundo caso, cuando la totalidad de los objetos sociales de las empresas de la unión temporal no abarca todas las prestaciones que forman el objeto del contrato, la solución también parece evidente: habrá que excluir la unión temporal de empresas de la licitación por falta de capacidad.

El supuesto que verdaderamente genera dificultades es cuando solamente una o varias de las empresas que se agrupan en la unión temporal abrazan por sí mismas el conjunto de tareas que constituyen el objeto contractual. Aquí habría que convenir que, independientemente de que las empresas que integran la UTE estén clasificadas y, si procede, les sean de aplicación las normas de acumulación de clasificaciones previstas en los artículos 67.5 del Real Decreto Legislativo 3/2011 y 52 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, todas estas empresas tienen que acreditar, cuanto menos, una relación directa o indirecta entre su objeto social y las prestaciones incluidas en el objeto del contrato²⁰.

4.2. Las agrupaciones de interés económico

Las agrupaciones de interés económico son sociedades dotadas de personalidad jurídica, de carácter mercantil y carentes de ánimo de lucro para sí mismas, que se rigen por la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, y supletoriamente por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza. Su finalidad es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad económica de sus socios en el mercado español.

Pues bien, hay que apuntar que la naturaleza jurídica de tales agrupaciones no sería causa de exclusión en un procedimiento de contratación, si bien un rasgo fundamental de esta figura jurídica es su carácter auxiliar, lo cual obligará a efectuar un detenido análisis de su objeto social con el fin de determinar su adecuación al objeto del contrato y, con ello, cumplir las previsiones del artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ello conlleva una dificultad intrínseca derivada de

las limitaciones del objeto social de la agrupación de interés económico, pero no comporta necesariamente su automática exclusión del proceso de selección del contratista²¹.

Por consiguiente, en un plano práctico, no es de extrañar que se ponga de manifiesto algún inconveniente para que estas agrupaciones sean adjudicatarias de contratos administrativos, no por falta de personalidad jurídica, sino por la posible dificultad de acreditar idoneidad de la capacidad de obrar exigible en relación con el objeto prestacional a licitar²².

En definitiva, habrá que efectuar el análisis individualizado de cada caso para determinar o no su exclusión.

4.3. Las asociaciones y las sociedades cooperativas

Las asociaciones creadas al amparo de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, son entidades instauradas mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de unos estatutos que rigen su funcionamiento.

Por su parte, la cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democráticos, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

Pues bien, se han planteado problemas prácticos en relación con estas figuras jurídicas, motivados por la necesidad de equivalencia entre el objeto societario y el contractual, así como por otros posibles aspectos que podrían ser tenidos en cuenta a la hora de analizar su capacidad para participar en las licitaciones públicas.

20. *Op. cit.* núm. 3.

21. Informe 7/92, de 27 de febrero de 1992, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, e Informe 1/2009, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Extremadura.

22. Informe 9/2006, de 20 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

En este sentido, cabe apuntar que la posibilidad de que asociaciones y sociedades cooperativas puedan acceder a contratos administrativos depende exclusivamente de su capacidad de obrar, y esta, a su vez, viene condicionada por la circunstancia de que en los respectivos estatutos se incluya como objeto de la asociación o sociedad el que lo es del propio contrato. Es más, para determinar tal aptitud no pueden influir otras consideraciones como, por ejemplo, las posibles ventajas fiscales que pudieran tener –particularmente por su forma jurídica– este tipo de asociaciones o sociedades respecto del resto de licitadores, ya que esta última consideración no tiene apoyo en precepto alguno de la vigente regulación de la contratación administrativa²³.

5. Conclusiones

– Las personas jurídicas plantean ciertas peculiaridades en cuanto a su capacidad de obrar, dada la vinculación de la aludida capacidad con su objeto social.

– En el campo de los contratos públicos se requiere que entre el objeto del contrato y el fin social de la persona jurídica exista una relación directa, sin que ello implique la obligación de una coincidencia textual entre tal objeto y fin.

– Como regla, la capacidad de obrar de las personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución o los estatutos o acto fundacio-

nal, así como por los documentos modificativos de estos.

No es admisible, sin embargo, la justificación de la susodicha capacidad a través de la documentación probatoria de la clasificación o de alta en el IAE.

– Algunas personas jurídicas, como las uniones temporales de empresas, las agrupaciones de interés económico, las asociaciones o las sociedades cooperativas, plantean ciertas peculiaridades en relación con su capacidad de obrar.

Las uniones temporales gozan de capacidad de obrar a pesar de carecer de personalidad propia, debiendo el objeto social de todas las empresas que forman la UTE tener relación, directa o indirecta, con el objeto del contrato, a los efectos de que puedan ser admitidas en la correspondiente licitación.

Por su parte, las agrupaciones de interés económico, aun poseyendo personalidad jurídica y, por ende, capacidad de obrar, pueden tener problemas a la hora de acreditar su idoneidad en relación con el objeto contractual, dado el carácter auxiliar que ostentan respecto de sus socios.

Finalmente, la capacidad de obrar de las asociaciones y las sociedades cooperativas depende exclusivamente de la ligazón entre el fin social contemplado en sus estatutos y el objeto del contrato, sin que, a la hora de determinar tal capacidad, puedan influir otros aspectos ajenos a la legalidad vigente (como, por ejemplo, su particular régimen fiscal). ■

23. *Op. cit.* núm. 6.

Los servicios funerarios en la nueva tipología de servicios municipales

Eduardo Paricio Rallo

Magistrado

1. Marco normativo. Evolución

- 1.1. Introducción. La situación de partida (1985)
- 1.2. La liberalización (1996)
- 1.3. La reestructuración de los servicios funerarios en Cataluña (1997-99)

2. El control de los operadores privados de prestación de servicios funerarios. Ámbito de las ordenanzas municipales

- 2.1. Las conclusiones de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO)
- 2.2. La potestad general de ordenanza
- 2.3. Las limitaciones derivadas de la Directiva de Servicios

3. El régimen del operador público. El servicio de interés económico general (SIEG)

- 3.1. Introducción
- 3.2. La configuración del SIEG en el derecho europeo
- 3.3. Requisitos del SIEG
- 3.4. La virtualidad del SIEG en la configuración de los servicios liberalizados

Resumen

Este trabajo aborda la evolución reciente del régimen jurídico de los servicios funerarios; particularmente los efectos de su liberalización a partir de mediados de los años noventa, hasta la situación actual, con especial referencia a la situación en Cataluña.

Es asimismo objeto de análisis la repercusión del derecho comunitario en esta materia, en especial la Directiva de Servicios y su transposición a España, el impacto de las reglas de defensa de la competencia, y la concepción del servicio económico de interés general.

Palabras clave: *servicios públicos; competencias municipales; servicio económico de interés general; servicios funerarios.*

Funeral services in the new typology of municipal services

Abstract

This article addresses the recent development of the legal regime of funeral services; particularly the effects of their liberalization since the mid-90s to the present in Catalonia.

It also studies the impact of European Union Law in this field, especially the Services Directive and its transposition in Spain, the impact of the competition laws and the concept of service of general economic interest.

Keywords: *public services; municipal competences; service of general economic interest; funeral services.*

1. Marco normativo. Evolución

1.1. Introducción. La situación de partida (1985)

El régimen jurídico de los servicios funerarios ha experimentado un cambio radical a partir de la liberalización impuesta mediante el Real Decreto-ley 7/96, liberalización que fue posteriormente consagrada en la Ley 24/05.

El ordenamiento europeo ha sido determinante en este mismo sentido, y lo ha sido tanto en lo que afecta a la capacidad administrativa de control de los servicios prestados por particulares, como en lo que se refiere a la capacidad para prestar el servicio por sí misma.

En este último sentido, el principio de libre competencia se está desarrollando en Europa en unos términos que afectan de forma muy significativa nuestra concepción tradicional del servicio público, introduciendo limitaciones sustanciales en la posibilidad de actuación de las Administraciones Públicas en tanto que prestadoras de servicios. Como se verá, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea está siendo particularmente beligerante en este aspecto.

Tomemos como punto de partida el sistema postconstitucional de servicios locales. La Ley de bases del régimen local configuró el régimen reconociendo una competencia municipal de carácter general en el artículo 25.2.j/ respecto a cementerios y servicios funerarios. A su vez, el artículo 26 incluyó el servicio de cementerio entre los servicios de prestación obligatoria en todos los municipios. Por último, el artículo 86.3 establecía en su redacción original una reserva a favor de las entidades locales respecto a los servicios mortuorios.

La Ley de bases seguía en este sentido el planteamiento del Reglamento de sanidad mortuoria aprobado por el Decreto estatal 2263/74, que imponía a los municipios superiores a 10 000 habitantes la obligación de disponer de una “empresa funeraria privada municipal” (artículo 42), y asimismo un cementerio en todos los municipios.

Así pues, la configuración legal de los servicios funerarios pivotaba sobre la competencia municipal para prestar los servicios en general y el servicio de cementerio en particular, aunque no en régimen de monopolio excepto en el caso de autorización autonómica en tal sentido. La titularidad de la competencia permitía a los municipios ejercer las potestades de control sobre el sector, singularmente las potestades normativa y de

policía. En este sentido, el Decreto 2263/74 disponía específicamente el sometimiento a licencia de las iniciativas privadas.

En cuanto al transporte funerario, el artículo 139 del Reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres –RD 1211/90– obligaba a las empresas a estar establecidas y autorizadas en el municipio de origen del servicio.

1.2. La liberalización (1996)

Pues bien, esta situación relativamente pacífica quedó cuestionada a partir del informe: *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, que el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió en el año 1993. Un informe que planteaba la necesidad de combatir la situación de monopolio, real o virtual, que se daba en el sector. En este sentido, el informe incluyó una recomendación de excluir los servicios funerarios del listado de sectores reservados.

Tal enfoque liberalizador se consagró normativamente en el Real Decreto-ley 7/96, que hizo efectiva la anterior recomendación:

“Artículo 22. Liberalización de los servicios funerarios

“Se liberaliza la prestación de los servicios funerarios.

“Sin perjuicio de lo anterior, los ayuntamientos podrán someter a autorización la prestación de dichos servicios. La autorización tendrá carácter reglado, debiéndose precisar normativamente los requisitos objetivos necesarios para obtenerla y se concederá a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos y acredite disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres.

“Artículo 23. Modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local

“Se modifica el apartado 3 del artículo 86, suprimiendo la mención ‘servicios mortuorios’”.

La liberalización se proyectó asimismo en el ámbito del transporte funerario mediante el Real Decreto 1225/06, que modificó el Reglamento de transportes en el sentido de permitir a las empresas legalizadas el transporte independientemente de su origen y recorrido:

“Artículo 139

“1. El transporte funerario deberá ser realizado por empresas de pompas fúnebres legalmente estableci-

das, teniendo la consideración de transporte privado complementario.

“2. En la realización de los servicios de transporte funerario deberán respetarse las normas vigentes de policía mortuoria, debiendo cumplir los vehículos todos aquellos requisitos técnicos y sanitarios que, en su caso, establezcan los ministerios de Industria, Turismo y Comercio y de Sanidad y Consumo.

“3. Todas las empresas legalmente dedicadas a la realización de transportes funerarios podrán desarrollar esta clase de servicios en todo el territorio nacional, con independencia de su origen o recorrido, hasta el lugar en que se realice el enterramiento o se conduzca el cadáver”.

La aplicación material del nuevo régimen fue difícil y conflictiva. De ello es muestra la nutrida jurisprudencia que generó la transición. Una jurisprudencia que puede sistematizarse en los siguientes términos:

– Respecto a la posición de los antiguos prestadores de servicios, los tribunales han declarado que el nuevo régimen legal no conlleva el derecho de indemnización de los concesionarios que se ven afectados por la liberalización del mercado (STS, sentencia de 20 de abril de 2002, rec. n.º 502/98). Se valora en este sentido que una regulación de carácter general comporta de suyo el deber jurídico de soportar por parte de los afectados, en el bien entendido de que la nueva situación también favorece a los antiguos operadores, al abrirles perspectivas de expansión.

Este planteamiento no excluye la eventual obligación municipal de mantener el equilibrio financiero del contratista si fuera el caso (STS de 28 de junio de 2002, rec. n.º 7979/97).

– En cuanto a los requisitos eventualmente desproporcionados que algunos ayuntamientos impusieron a los nuevos operadores, esto es, lo que podríamos denominar una reacción defensiva de las situaciones monopolísticas, el Tribunal Supremo se ha manifestado anulando condicionantes como el número excesivo de vehículos de que la empresa debe disponer más allá del mínimo establecido en el Real Decreto 763/79 y Decreto 2263/74; exigencias en cuanto al número de féretros o de salas de velatorio; así como la obligación de las empresas de disponer de oficina de contratación en el municipio y la correlativa prohibición de contratar empresas externas (STS de 9 de julio de 2003, rec. n.º 5905/99, Bilbao).

Tampoco prosperan requisitos como la necesidad de que las empresas de nueva instalación acreditasen una experiencia previa, la imposición de un capital mí-

nimo, o la exigencia de un establecimiento permanente con dotación de un conjunto de servicios y medios personales desproporcionados; exigencias que la jurisprudencia rechaza en la medida en que excedan de “los medios materiales necesarios para el transporte de cadáveres”. Tampoco se ha admitido la obligación de comunicar la Administración los precios (STS de 5 de julio de 2006, rec. n.º 10384/03, León). También, obviamente, se desautoriza la reserva a la empresa concesionaria de las actuaciones preparatorias del cadáver y las precedentes o accesorias del entierro (STS de 21 de mayo de 2001, rec. n.º 9508/95, Logroño).

– En lo que se refiere al transporte funerario, ya antes de la liberalización el Tribunal Supremo se pronunció en el sentido de evitar los excesos que comportaba la extensión del monopolio fuera del término municipal. En este sentido, la jurisprudencia admitió la posibilidad de que empresas instaladas en el municipio de destino pudiesen recoger cadáveres en el municipio de origen (SSTS de 8 de noviembre de 1988 y de 9 de mayo de 1996, rec. n.º 766/93), aunque este no era un planteamiento unánime. La sentencia de 17 de junio de 1997 (rec. n.º 2015/90) justificó en este sentido la necesidad de la autorización en el municipio de origen de acuerdo con el principio de competencia leal y la necesidad de preservar el equilibrio financiero de las empresas radicadas en dicho municipio, empresas que habían efectuado sus inversiones en la perspectiva de una completa prestación de los servicios.

Una vez liberalizado el sector, el Tribunal Supremo fue unánime al admitir el derecho de las empresas a transportar cadáveres independientemente del municipio en que estuvieran establecidas o autorizadas (SSTS de 17 de junio de 1999, rec. n.º 294/98, de 9 de diciembre de 2002, rec. n.º 3882/97, y de 4 de noviembre de 2005, rec. n.º 6375/01).

1.3. La reestructuración de los servicios funerarios en Cataluña (1997-99)

La liberalización de los servicios funerarios fue afrontada en Cataluña a partir de la Ley 2/97. Posteriormente se desarrolló la Ley mediante el Decreto 209/1999, que aprueba el Reglamento que regula con carácter supletorio los servicios funerarios municipales.

La Ley 2/97 reordena el sector sobre la base de los siguientes parámetros:

– Los servicios funerarios quedan conceptuados como un “servicio esencial de interés general”.

– Los servicios pueden ser prestados bien por la Administración, bien por empresas públicas, por empresas privadas, o mediante empresas mixtas, aunque siempre en régimen de concurrencia (artículos 1, 7.5 y 9). En todo caso, los municipios resultan responsables de la prestación del servicio (artículos 2 y 7.1).

– Los ayuntamientos pueden establecer medidas de control y policía sobre los operadores (artículo 1.2). En este sentido, se les reconoce la potestad general para regular la prestación de servicios funerarios, específicamente para asegurar los principios de “universalidad, accesibilidad, continuidad y respeto de los derechos de las personas usuarias” (artículo 2) mediante la determinación de niveles mínimos de calidad o disponibilidad de medios por parte de las empresas prestadoras (artículo 6).

– Las empresas privadas quedan sometidas a licencia otorgada por los municipios en los que quieran actuar. Las licencias son estrictamente regladas y deben responder exclusivamente a la normativa que desarrolla los requisitos de calidad, continuidad y universalidad (artículo 7.2).

– Específicamente, la Ley admite la exigencia de fianza y también la imposición de servicios gratuitos o bonificados, servicios que han de asumir proporcionalmente las empresas que actúan en el municipio (artículo 7).

Por su parte, el Decreto 209/1999 desarrolla las anteriores previsiones. Conviene resaltar los siguientes aspectos:

– El ayuntamiento asume la responsabilidad subsidiaria en la prestación de los servicios funerarios, de forma que deberá ofrecerlos obligatoriamente en el caso de que no haya ninguna empresa autorizada en la localidad.

– Entre los requisitos de la autorización se incluye la necesidad de acreditar la solvencia económica, financiera, técnica y profesional (artículo 22). Específicamente, un capital mínimo de 6 millones de pesetas –en el caso de que se trate de una persona física, un valor igual en bienes afectados a la empresa–.

– La empresa debe disponer necesariamente de establecimiento en la localidad (artículo 30), un tanatorio –propio o ajeno– (artículo 32), así como un número mínimo de vehículos y de personal (artículos 33 y 35).

El cuadro normativo actual se completa con la Ley estatal 24/2005, que precisó el ámbito liberalizador del Real Decreto-ley 7/96 en el sentido de reconocer el derecho de las empresas autorizadas en cualquier municipio a efectuar el traslado de cadáveres en todo el territorio nacional.

Asimismo, incide singularmente en esta materia la Directiva 2006/03/CE de servicios en el mercado interior. El impacto de dicha norma se analizará más adelante, pero conviene tener en cuenta ahora ya que la transposición de la Directiva se efectuó en Cataluña mediante el Decreto legislativo 3/10, norma que modificó la Ley 2/97, aunque en aspectos menores referidos esencialmente a la publicidad de la información sobre los servicios que prestan los operadores, y a la liberalización del transporte en los mismos términos de la Ley 24/05. Destaca asimismo que la nueva redacción de la Ley omite algunos aspectos que constaban en la Ley modificada, como la exigencia de tanatorio o local propio en el término municipal.

Cabe señalar asimismo que, en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios, la Ley estatal 25/09 incluyó un mandato al Gobierno respecto a los servicios funerarios para que estudiase y propusiese los cambios normativos necesarios para garantizar la libertad de elección por parte de los usuarios, y eliminase las trabas derivadas de la normativa vigente. Tal mandato no se ha cumplido todavía, aunque en junio de 2011 se presentó en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley de servicios funerarios que liberalizaba definitivamente la prestación de tales servicios. Una liberalización que llegaba al extremo de que solo el transporte de cadáveres quedaba sometido a control; en este caso, mediante una declaración responsable a presentar en el municipio correspondiente a la sede del operador.

2. El control de los operadores privados de prestación de servicios funerarios. Ámbito de las ordenanzas municipales

2.1. Las conclusiones de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO)

En octubre de 2010 la Autoritat Catalana de la Competència elaboró un informe sobre la situación de los servicios funerarios en Cataluña. Un informe que, a su vez, reflejaba el que había efectuado pocos meses antes el Ministerio de Economía y Hacienda en esta misma materia.

La ACCO constata la situación de escasa competencia que existe en Cataluña respecto a la prestación de servicios funerarios. En este sentido pone de relieve que en 2005 existía un solo prestador del servicio en un 85 % de los municipios catalanes. Asimismo, desta-

ca la influencia de otros factores que actúan en contra de la dinamización del mercado, singularmente la presencia significativa de las aseguradoras. El informe destaca a su vez la necesidad de modificar el marco reglamentario existente en Cataluña, claramente desbordado por las modificaciones legales.

El caso es que la ACCO considera que las ordenanzas municipales se han de adaptar atendiendo al signo liberalizador del nuevo marco legal. En este sentido, y después de un estudio de campo sobre diversas ordenanzas municipales, se centra en los requisitos que los municipios pueden exigir a los operadores; esto es, los requisitos que continúan manteniendo cobertura legislativa actual. En esta línea, llega a las siguientes conclusiones:

A.– Requisitos que disponen de cobertura legal plena y, por tanto, pueden ser incorporados a las ordenanzas municipales:

- La exigencia de autorización previa a los operadores privados, aunque solo en los municipios en que estén establecidos.

- La imposición de unos mínimos respecto a la disponibilidad de vehículos, féretros y otros medios personales o materiales en relación con lo previsto en los artículos 6.1 y 6.3 de la Ley 2/97, siempre y cuando tales mínimos tengan la finalidad de garantizar la calidad del servicio, sean proporcionados y respeten la libre competencia.

- La posibilidad de exigir a los operadores privados que presten obligatoriamente determinados servicios a los usuarios, como la información y asesoramiento sobre el servicio, el suministro del féretro, la realización de las prácticas higiénicas en el cadáver y la gestión de trámites administrativos.

B.– Dispone de cobertura legal parcial la exigencia de fianza, solo cuando se limite a responder del coste de los servicios funerarios de prestación forzosa.

C.– No tienen cobertura y, por tanto, resultan inadmisibles:

- La obligación de disponer de oficina o local propios en el municipio.

- La obtención de previa autorización para operar en el caso de empresas establecidas en un municipio diferente.

- La reserva de funciones en favor de las empresas establecidas en el municipio, singularmente las de transporte y asociadas (suministro de féretro o urna y acondicionamiento del cadáver).

- Los requisitos de solvencia financiera y económica, como la disponibilidad de un capital mínimo o la obligación de contratar un seguro de daños.

- El requisito de experiencia previa en el ejercicio de la actividad.

- La imposición de ámbitos de actuación o servicios obligatorios más allá de los citados en el apartado A, como por ejemplo la exigencia de disponer de tanatorios.

- La aprobación de las tarifas de los operadores privados por parte del ayuntamiento.

2.2. La potestad general de ordenanza

La anterior clasificación de la Autoridad Catalana de la Competencia resume el planteamiento de las leyes generales respecto a los diversos requisitos y condicionantes establecidos, o que puedan establecerse, con respecto a la actividad de las empresas operadoras. Considera la ACCO en este sentido que el margen de las ordenanzas queda estrictamente limitado a los requisitos expresamente previstos y admitidos por la ley. Un planteamiento que responde a un modelo de vinculación positiva de la ordenanza municipal a la legislación general.

Sin embargo, los municipios tienen reconocida genéricamente la potestad normativa en los ámbitos de su competencia –artículos 4 y 84.1.a/ de la Ley 7/85–. Una potestad que va más allá de la que en términos generales se reconoce al reglamento ejecutivo atendida la legitimidad democrática directa de los ayuntamientos, y ello es así incluso en ámbitos sometidos a una estricta reserva de ley –v. *gr.* Tribunal Constitucional, sentencia n.º 132/2001–.

Ciertamente la segunda norma liberalizadora –la Ley 24/05– no incluye una referencia o un reenvío a las normas municipales en cuanto a la fijación de los criterios mínimos que deben cumplir las empresas funerarias, pero es que no es preciso tal reconocimiento puesto que los municipios tienen reconocida una potestad normativa municipal de carácter general, singularmente en un sector que no solo es de competencia municipal, sino en el que además los ayuntamientos asumen la responsabilidad de garantizar la prestación del servicio a la colectividad local (artículo 2.1 de la Ley 2/97). Por otro lado, la misma Ley 2/97 incluye habilitaciones o remisiones a las ordenanzas municipales en su artículo 1, en cuanto a la posibilidad de establecer medidas de control, policía y autorización de los operadores; en el artículo 2.2, en lo que se refiere a la garantía de los principios de universalidad, accesibilidad, continuidad y respeto de los derechos de las personas usuarias.

rias, y en el artículo 3.1.i/, en cuanto al reconocimiento de derechos de los usuarios; aparte de las habilitaciones específicas del artículo 6.3 en relación con la disponibilidad, por parte de las empresas que operen en el sector, de una organización administrativa, el personal, los féretros y los vehículos suficientes; y también en los artículos 12.5 y 13.5 en lo que se refiere al régimen sancionador.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido específicamente la potestad de ordenanza municipal para regular la prestación de servicios funerarios. En este sentido se manifestaron las sentencias de 11 de mayo de 2005 –rec. n.º 6375/01– y de 5 de julio de 2006 –rec. n.º 10384/03–.

Por supuesto, la ordenanza municipal deberá abstenerse en las materias reservadas a la ley, materias que solo podrá abordar cuando exista un marco legal específico que dé cobertura al desarrollo por ordenanza. Por otro lado, la reglamentación que el municipio introduzca deberá corresponderse con las responsabilidades que la ley le otorga –singularmente la garantía de prestación efectiva del servicio y la protección de los consumidores–. Los límites son, en este sentido, que la regulación responda a los principios de universalidad, accesibilidad, continuidad y respeto de los derechos de las personas usuarias (artículo 2.2 de la Ley 2/97), y que los requisitos no desvirtúen la liberalización del sector (artículo 23 de la Ley 24/05). En esta línea puede resultar exigible que en el proceso de elaboración de las ordenanzas se incluya una motivación que fundamente la introducción de requisitos referidos a los prestadores privados, justificando su sentido y proporcionalidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta los anteriores límites, no hay obstáculo inicial para que las ordenanzas regulen el sector sin necesidad de una cobertura legal punto por punto.

Cabe añadir que la competencia municipal queda asimismo reconocida en lo relativo al desarrollo de la Directiva de Servicios, norma de incidencia notable, como se verá. La Disposición final 3.ª de la Ley 17/09 de transposición se remite en este sentido al desarrollo de la Ley por parte de cada una de las Administraciones según su ámbito territorial.

2.3. Las limitaciones derivadas de la Directiva de Servicios

Pues bien, a pesar de que la ordenanza municipal tenga recorrido más allá de las estrictas previsiones de la

ley, no podemos olvidar que la imposición de restricciones a la actividad de los operadores privados ha quedado seriamente limitada por la Directiva 123/2006, de servicios en el mercado interior, y por las normas de transposición, singularmente la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En efecto, ambas normas parten del principio de libertad de establecimiento –artículos 49 y 56.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y artículo 4 de la Ley 17/2009–, con la consiguiente eliminación o limitación de las restricciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la instalación de actividades.

Destaca en este sentido la regla de interdicción de las autorizaciones y de los sistemas de control administrativo, restricciones cuya subsistencia queda condicionada al hecho de que no supongan discriminación, estén fundamentadas en las razones imperiosas de interés general establecidas en la misma Ley y resulten proporcionadas. En este sentido, la norma que establezca las autorizaciones o las restricciones debe motivar la excepción en los anteriores términos –artículos 5 y 9.2 de la Ley 17/2009–.

Pero es que, a su vez, las autorizaciones que superen los requisitos mencionados resultan inicialmente válidas en todo el territorio nacional. En este sentido, la autorización solo puede quedar territorialmente limitada cuando concurra una razón de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente que lo justifique. Respecto a los establecimientos físicos, es posible exigir una autorización por cada local solo si tal medida queda justificada en una razón imperiosa de interés general –artículo 7.3–.

Tal planteamiento no solo se aplica a las autorizaciones y a los sistemas alternativos de control previo, sino que se extiende a todos los requisitos que puedan establecerse respecto a la prestación privada de los servicios, requisitos que igualmente deben quedar justificados en alguna razón imperiosa de interés general y, en todo caso, han de ser claros, inequívocos, objetivos, públicos y transparentes –artículo 9–. La Ley maneja en este sentido un concepto amplio de requisito:

“cualquier obligación, prohibición, condición o límite al acceso al ejercicio de una actividad de servicios previstos en el ordenamiento jurídico o derivados de la jurisprudencia o de las prácticas administrativas o establecidos en las normas de los colegios profesionales” (artículo 3.8).

La Ley 17/2009 cita asimismo una serie de restricciones que no son inicialmente admisibles. Así sucede con

las limitaciones cuantitativas o territoriales respecto al número de prestadores, los límites fijados en función de la población o la exigencia de una distancia mínima entre prestadores. En el mismo caso se encuentran las condiciones vinculadas a fines económicos como por ejemplo la viabilidad de las empresas prestadoras, los requisitos referidos a la composición de la plantilla o las restricciones de precios como por ejemplo la imposición de tarifas máximas o mínimas –artículo 11–.

Las citadas restricciones solo resultan admisibles excepcionalmente cuando no sean discriminatorias y queden proporcionalmente justificadas por alguna razón imperiosa de interés general.

Como se ha dicho, la Directiva de Servicios y las normas de transposición resultan de aplicación directa a la regulación de todos los sectores económicos, incluido por tanto el sector de los servicios funerarios. Por consiguiente, la ordenación de esta actividad mediante ordenanza municipal deberá observar el régimen descrito incluyendo, en todo caso, la correspondiente justificación de las restricciones.

Pues bien, el caso es que en el estado actual del ordenamiento de los servicios funerarios la proyección de la Directiva de Servicios plantea diversos problemas, entre ellos los siguientes:

A/ La reserva de ley para las autorizaciones.

Según se ha dicho, la introducción de restricciones al libre establecimiento queda condicionada a una serie de requisitos, singularmente su justificación en una razón imperiosa de interés general. Pero es que, si se trata de someter la prestación del servicio a previa autorización, estamos ante una materia reservada a la ley, con la consiguiente pérdida de margen de actuación de las ordenanzas municipales; véase el artículo 5 de la Ley 17/2009 (el subrayado es nuestro):

“La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen:

“a/ No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

“b/ Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y

“c/ Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad”.

Nótese que se exige una motivación incluida en la misma ley que introduce el requisito de autorización previa, circunstancia sorprendente en nuestro ordenamiento, puesto que la ley es expresión de una soberanía que no necesita justificarse.

La imposición de una autorización previa para el ejercicio de servicios funerarios quedó prevista en el artículo 7 de la Ley 2/97. Un planteamiento que mantiene la Ley 24/05. La adaptación de la Ley de servicios funerarios a la Directiva se hizo en Cataluña mediante el Decreto Legislativo 3/2010, que limitó la exigencia de autorización al municipio en el que la operadora tienen su sede. Pues bien, el caso es que el Decreto Legislativo de transposición no motiva la exigencia de tal autorización, de forma que su admisibilidad puede ser cuestionada.

Sea como fuere, la reserva de ley se refiere a la introducción de autorizaciones referidas a la prestación del servicio. Cabe deducir que no existe tal reserva para las autorizaciones de establecimientos físicos –locales–, ni, en general, para los demás controles previos o para otro tipo de restricciones.

B/ Razones imperiosas de interés general.

Como se ha dicho, la admisibilidad de las restricciones depende de que queden justificadas en alguna razón imperiosa de interés general.

La Directiva no formula un listado cerrado de razones imperiosas de interés general. En este punto se limita a relacionar las razones que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido identificando casuísticamente hasta el momento. Un planteamiento que no cierra el paso a la admisión de nuevas razones, puesto que se trata de una jurisprudencia en construcción.

Sin embargo, la Ley 17/09 limita las razones imperiosas de interés general admisibles a las que cita ex-

presamente, de forma que lo que era una lista abierta se convierte en una relación tasada.

De las razones imperiosas de interés general admitidas por la Directiva no hay ninguna específicamente ajustada a las restricciones que han sido habituales en la ordenación de los servicios funerarios. Tangencialmente, pueden tener algún juego las basadas en la salud pública; la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores; las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales; o los objetivos de la política social y cultural.

Sin embargo, la Ley 17/09 introduce una nueva razón de interés general que no constaba en la Directiva y que resulta un tanto desconcertante por su amplitud e indefinición: “la protección de los derechos”. Una razón imperiosa, esta sí, que puede dar juego.

C/ La validez supramunicipal de la autorización obtenida por el prestador privado.

Una vez que la autorización quede justificada según las exigencias comunitarias, la Directiva impone su validez nacional, incluso transnacional; véase el artículo 7.3 de la Ley 17/2009:

“3. La realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales.

“[...] las Administraciones Públicas podrán otorgar autorizaciones o solicitar comunicaciones o declaraciones responsables a los prestadores cuya eficacia esté limitada a una parte específica del territorio cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, resulte proporcionado y no discriminatorio y de forma suficientemente motivada”.

Artículo 9.1 de la Ley 17/2009:

“1. Las Administraciones Públicas no podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalentes o comparables, por su finalidad a aquellos a los que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro”.

Por consiguiente, la autorización obtenida en un municipio español, incluso en un país de la Unión Europea habilita al operador a actuar en cualquier otro municipio comunitario.

La Ley catalana impone la autorización municipal en todo caso –artículo 7.2–, mientras que la norma española –Ley 24/05– simplemente habilita a los municipios para exigir autorización. Sea como fuere, la au-

torización obtenida o el control efectuado en un municipio habilita para prestar todos los servicios en los demás municipios; no solo los servicios de transporte y asociados, que es lo que permite el artículo 5 de la Ley de servicios funerarios en la redacción del Decreto Legislativo 3/10, sino todos los servicios sin excepción.

Así, el municipio en el que se vaya a prestar el servicio solo podrá exigir controles y requisitos en lo que exceda de los exigidos en el municipio de origen, pero no los mismos requisitos o controles ya superados por la empresa.

D/ Sedes, sucursales y establecimientos.

El principio de validez comunitaria de las autorizaciones y controles previos queda referido al ejercicio de la actividad económica como tal –artículo 7.3 de la Ley 17/2009–.

La exigencia de autorización para la apertura de establecimientos o locales en el municipio por parte de una empresa inicialmente autorizada en un municipio distinto, puede encontrar amparo si se trata de una autorización medioambiental o que se base en razones de seguridad, o, en general, cuando concurra una razón imperiosa de interés general. En tales casos los requisitos que se exijan solo podrán ser los relacionados con el establecimiento físico, de forma que por esta vía no se puede exigir mínimos en cuanto a servicios a prestar, personal disponible, vehículos u otros medios materiales, puesto que estas son condiciones relacionadas con la actividad, no con el establecimiento físico.

Así pues, la validez general es predicable de las autorizaciones o controles sobre la actividad, pero no se proyecta ni impide los controles sobre los establecimientos singularmente considerados. En este sentido resulta cuestionable la Ley 2/97 de servicios funerarios, incluso después de su adaptación mediante el Decreto Legislativo 3/10, en la medida en que impone necesariamente la autorización de la actividad por parte del municipio en el que esté establecida, autorización en principio no exigible si el operador ya dispone de una equivalente en otro municipio. Otra cosa es la autorización al establecimiento, no al operador; autorización inicialmente admisible si se motiva la concurrencia de una razón imperiosa de interés general.

Cabe decir que en nuestra tradición la licencia municipal siempre se ha referido a los establecimientos, y no a las actividades consideradas en sí mismas.

E/ La prestación obligatoria del servicio.

Como se ha señalado, la Ley 2/97 de servicios funerarios admite la posibilidad de que los municipios con-

dicionen el otorgamiento de la licencia a que el operador preste el servicio gratuitamente o de forma bonificada a las personas que no dispongan de medios económicos, de acuerdo con las indicaciones municipales. Una prestación forzosa que debe ser distribuida entre las empresas que operen en el término municipal de manera proporcional a la facturación de cada una de ellas –artículo 7.2.d/–.

Se trata de una obligación vinculada al principio de universalidad del servicio. Un principio que la jurisprudencia europea asocia al denominado servicio de interés económico general. En el apartado siguiente abordaremos las características y requisitos propios de esta idea del servicio público.

El caso es que la Ley concibe la mencionada prestación obligatoria como una condición vinculada a la autorización de la actividad. Pero, como se ha mencionado, en el municipio pueden operar inicialmente todas las empresas que hayan obtenido autorización de cualquier otro ayuntamiento, en el bien entendido de que no resulta necesario disponer de establecimiento en el municipio –es más, la obligación de disponer del mismo sería un requisito prohibido según el artículo 10.c/ de la Ley 17/09–.

La configuración de la prestación obligatoria responde en la Ley a un presupuesto material, que consiste en que solo opera en el municipio quien está autorizado en ese mismo municipio. A partir de esa premisa, la prestación obligatoria queda configurada como un condicionante de la autorización, y se distribuye en proporción a la facturación de las diferentes empresas que operan en el término municipal, empresas perfectamente identificadas y controladas mediante la autorización.

Como se ha visto, las cosas ya no son así. En un marco de libertad de prestación del servicio será difícil controlar quién opera y cuánto factura en el término municipal. Quizás en este aspecto, y apelando a la lógica de los servicios económicos de interés general, se pueda justificar una comunicación previa por cada servicio prestado, aunque solo sea como un control imprescindible para distribuir la prestación obligatoria.

En otro orden de cosas, cabe preguntarse si la prestación obligatoria debe ser realmente gratuita. Ciertamente la Ley establece esta prestación como gratuita o bonificada, pero tal planteamiento se refiere inicialmente a la relación entre la empresa funeraria y el cliente. Otra cosa es que el empresario deba soportar a su costa esta prestación. Ciertamente ese es el sentido que puede deducirse de la Ley, pero el caso es que estamos ante una carga de naturaleza expropiatoria, de

forma que solo si la prestación obligatoria se configura como una obligación general puede obviarse el derecho de indemnización. De ahí que la gratuidad para el ayuntamiento pueda defenderse solo si se mantiene esa condición de carga general para todos los operadores con la que la prestación obligatoria fue concebida en la Ley, a pesar de la dificultad que supone que así sea en un marco de licencias transmunicipales.

Sea como fuere, la introducción de servicios gratuitos o bonificaciones limitadas a los concretos habitantes del municipio puede encontrar otro obstáculo en el artículo 16.2.b/ de la Ley 17/09:

“2. En particular, no podrán imponerse al destinatario de los servicios requisitos que impliquen: [...] b) Limitaciones discriminatorias en las posibilidades de concesión de ayudas o ventajas económicas en función del lugar de establecimiento del prestador o del lugar de ejecución de la prestación”.

F/ Otras limitaciones específicas derivadas de la Directiva de Servicios.

De la Directiva de Servicios y de la Ley de transposición se derivan otras limitaciones específicas que conviene tener presente en el momento de configurar la intervención municipal en los servicios funerarios:

– Como se ha visto, el artículo 15 de la Directiva se refiere a determinadas restricciones que solo resultan admisibles si previamente son objeto de evaluación y justificación en una razón imperiosa de interés general, y resultan no discriminatorias y proporcionales. En tal caso están, entre otras, las limitaciones establecidas respecto a la forma jurídica o el capital de la empresa prestadora –artículo 15.2.b/ y c/–; las referidas a la plantilla del operador –artículo 15.2.f/–; las restricciones respecto a la libertad de precios –artículo 15.2.g/–, o la obligación de efectuar determinadas prestaciones conjuntamente con la principal o de ofrecer una determinada gama de productos –artículo 15.2.h/–. Unas restricciones estas que han sido frecuentes en las ordenanzas municipales de servicios funerarios. La misma Ley 2/97 incluye alguna de tales restricciones, como por ejemplo la obligación de prestar determinados servicios –artículos 4.2 y 6–.

El artículo 11 de la Ley 17/09 lleva más allá el anterior planteamiento, al añadir que las citadas exigencias serán en todo caso excepcionales.

– La posibilidad de exigir un seguro u otras garantías de responsabilidad profesional del operador, por ejemplo una fianza o aval, queda reservada a la ley por el artículo 21 de la Ley 17/09, y solo resultan admisibles si el servicio comporta un riesgo concreto y directo

para la salud o para la seguridad del destinatario o un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario del servicio, en el bien entendido de que en tales casos es suficiente la garantía prestada en cualquier país miembro.

Ciertamente, la exigencia de una fianza a las empresas de servicios funerarios queda recogida en la Ley 2/97 como un condicionante de la licencia –artículo 7.2.c/–. Una exigencia que la Ley asocia al principio de continuidad del servicio, en el sentido de garantizar eventuales responsabilidades de la empresa en cuanto al coste de los servicios de prestación forzosa, el pago de las sanciones que puedan imponerse a la empresa y las derivadas del abandono del servicio antes de que sea aceptada la renuncia a la autorización. Un planteamiento este que no encuentra encaje en la normativa de desarrollo de la Directiva de Servicios.

3. El régimen del operador público. El servicio de interés económico general (SIEG)

3.1. Introducción

La Ley 2/97 prevé la posible existencia de una actividad pública de prestación del servicio funerario –artículos 1.1, 7 y 9–. Un planteamiento congruente con la responsabilidad que imputa a los ayuntamientos respecto a la garantía de prestación del servicio a la colectividad local –artículo 2.1–.

De acuerdo con nuestro ordenamiento, el servicio funerario municipal se configura como un servicio público en los términos de los artículos 85 y 25 de la Ley de bases del régimen local:

“Artículo 85.

“1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”.

“Artículo 25.

“[...]”

“2. El municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias:

“[...]”

“j) Cementerios y servicios funerarios”.

Pues bien, la jurisprudencia europea está forzando en estos momentos un proceso de cambio sumamente importante que afecta a la concepción misma del servicio público. Un cambio que pivota sobre el principio de libre competencia que está en el centro del Tratado

y el derecho comunitario. El citado principio se proyecta en la libertad de establecimiento por parte de los operadores privados –artículo 49 TFUE– y la libre prestación de servicios –artículo 56–.

Tal planteamiento impone a los poderes públicos una posición neutral en el mercado, posición que se expresa en el mismo Tratado:

“Artículo 107

“1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

La progresión legislativa y, sobre todo, jurisprudencial desarrollada a partir de los citados principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, cuestiona seriamente la concepción del servicio público que mantenemos todavía en este país.

En efecto, para nosotros el servicio público se proyecta en una organización pública prestadora del servicio. Una organización que puede operar en el mercado cargada de privilegios, con abstracción de los efectos que pueda producir sobre la libre competencia de los operadores privados. Esta es una concepción subjetiva del servicio público, paralela a una concepción también marcadamente subjetiva del derecho administrativo en general. Sin embargo, y como veremos, el derecho europeo ha impuesto ya una concepción estrictamente objetiva del servicio público.

3.2. La configuración del SIEG en el derecho europeo

Pues bien, la Unión admite que si los poderes públicos consideran que ciertos servicios son de interés general y la oferta del mercado no es satisfactoria, pueden definir determinadas prestaciones en forma de obligaciones de servicio –misiones de servicio público–. La misión de servicio público constituye propiamente el concepto de servicio público para el derecho comunitario; un concepto de carácter estrictamente objetivo que obedece a las siguientes pautas:

– La misión de servicio público puede ser considerada como una obligación de carácter general y, por tanto, encomendada al conjunto de operadores, o bien puede ser atribuida exclusivamente a uno o varios operadores.

– Correlativamente, la financiación del servicio de interés general –la misión de interés general– puede imputarse al conjunto de operadores como una carga, manteniendo su neutralidad desde la perspectiva de la competencia, o puede ser asumida por la Administración en forma de compensaciones a los operadores.

– Asimismo, cuando la garantía del servicio de interés general lo requiera, los poderes públicos pueden establecer derechos especiales o exclusivos en favor de los prestadores que asumen las misiones de interés general, en la medida en que tales derechos puedan ser necesarios para financiar el servicio o, en general, para garantizar la consecución de la misión de interés general.

– En todo caso, la financiación pública o cualquier otra forma de ayuda queda restringida al coste de la misión más un beneficio industrial razonable.

– El régimen descrito resulta independiente de la naturaleza pública o privada de la empresa gestora del servicio –principio de neutralidad–. En este aspecto el derecho europeo difiere de nuestra tradición jurídica, en la que la naturaleza pública del operador ha sido razón suficiente para justificar los privilegios con los que opera, y los desequilibrios del mercado y de la libre competencia que puedan resultar.

La neutralidad y la sumisión de las empresas públicas a las reglas de la libre competencia, es la punta de lanza que desestabiliza nuestra concepción del servicio público y genera un cambio de paradigma al que habrá que adaptarse.

3.3. Requisitos del SIEG

Como se ha dicho, los poderes públicos disponen de un amplio margen de libertad para definir los servicios públicos o, en terminología europea, los servicios de interés general. Si tales servicios tienen un contenido económico en los términos expuestos, la configuración del servicio debe respetar determinados requisitos formales, sin los cuales no resulta admisible.

El primer requisito es la definición formal de la misión o misiones de interés general. En segundo lugar corresponde atribuir dichas misiones a un prestador, sea público o privado, a varios de ellos o a todos los prestadores que operen en el mercado; en este último caso en calidad de obligación general. El encargo no debe efectuarse necesariamente mediante una norma; es suficiente en este sentido una resolución singular, como por ejemplo un contrato de concesión.

La Administración debe definir asimismo en qué medida la consecución de la misión de interés general requiere determinadas limitaciones en el mercado, que justifiquen medidas como por ejemplo el otorgamiento de derechos especiales o exclusivos a los operadores encargados del SIEG, la imposición de tarifas, la concesión de determinadas ayudas, u otras medidas de apoyo que resulten justificadas y proporcionales.

Tales obligaciones formales resultan ineludibles independientemente del régimen jurídico relativo a las ayudas estatales.

En cuanto a la concesión de ayudas, la sentencia “Altmark Trans”, de 24 de julio de 2003 establece cuáles son los requisitos:

“89. En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar claramente definidas. [...]

“90. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que esta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras.

“91. Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.

“92. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva.

“93. En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colec-

tividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones”.

3.4. La virtualidad del SIEG en la configuración de los servicios liberalizados

Nuestro derecho no ha recibido todavía el concepto de servicio de interés económico general. Seguimos instalados confortablemente en nuestra idea tradicional del servicio público.

Como se ha apuntado, la adaptación va a comportar muchas limitaciones respecto a la libertad que hasta ahora hemos tenido en este país en cuanto a la configuración y la actividad de los servicios públicos locales. Ahora bien, la construcción del SIEG también aporta algunas ventajas respecto a la actuación de las Administraciones Públicas en mercados liberalizados. El problema es que, en buena medida, la falta de recepción de este nuevo paradigma en nuestro ordenamiento nos impide disfrutar de una parte importante de los aspectos positivos de esta construcción.

Veamos: la Ley 2/97 de servicios funerarios califica este sector como un “servicio esencial de interés general”. En términos europeos estamos indudablemente ante un servicio de interés económico general. Así se desprende de la configuración legal de los servicios funerarios a partir de los principios de universalidad, accesibilidad y continuidad; principios de los que se deriva un conjunto de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores; esto es, un servicio universal que es una nota característica del SIEG.

El caso es que, si estamos ante un SIEG, resulta indispensable definirlo formalmente en los términos antes citados, particularmente si ha de ser objeto de ayudas de cualquier índole.

Una vez establecido el SIEG, el ordenamiento europeo abre unas posibilidades que van más allá en muchos casos de lo que permite el actual ordenamiento interno.

En efecto, en el caso de los SIEG la Directiva de Servicios matiza la liberalización de los controles y limi-

taciones que establece respecto a los operadores privados. En este sentido, la exposición de motivos advierte lo siguiente:

“Respecto a los SIEG la Directiva establece que su aplicación no tiene que comportar la liberalización del SIEG ni la privatización de la entidad pública prestadora del servicio (DS art. 1.1). A su vez, el artículo 15.4 admite en el caso de los servicios de interés general un margen relativamente amplio para introducir restricciones cuantitativas, territoriales, imposición de servicios de prestación obligatoria, de tarifas u otros”.

A su vez, el artículo 15.4 permite en el caso de los servicios de interés económico general introducir unas limitaciones a la actividad privada inicialmente no admisibles en el resto de mercados, como la imposición de límites cuantitativos o territoriales en el establecimiento de actividades privadas, la imposición a la empresa prestadora de una forma jurídica determinada, la imposición de requisitos respecto al capital, la reserva de determinadas prestaciones a operadores concretos, la obligación de disponer de un establecimiento en el término municipal, la imposición de un número mínimo de empleados, la fijación de las tarifas o la obligación de efectuar prestaciones complementarias. Unas medidas que en el caso de los SIEG no quedan necesariamente vinculadas a alguna de las razones imperiosas restrictivamente establecidas, siendo admisibles si resultan convenientes o necesarias para la consecución de la misión de interés público definida por la Administración.

Entre tales medidas se encuentra la exigencia de licencia en el término municipal, sin que en este caso resulte necesario apelar a una razón imperiosa de interés general si así lo impone el cumplimiento de la misión de interés general (TSJCE, sentencia de 20 de febrero de 2001, procedimiento n.º C-205/99).

Así pues, la configuración del servicio de interés general abre las puertas a la introducción de limitaciones en la actividad de operadores privados que inicialmente están vedadas, y a su vez justifica la posibilidad de ayudas a los operadores –públicos o privados–, ayudas que de otra forma resultarían inadmisibles en el ordenamiento europeo.

Sin embargo, como se ha apuntado ya, los efectos positivos que pueden extraerse de la categorización como servicio económico de interés general que inevitablemente corresponde a los servicios funerarios, encuentran un obstáculo en nuestro caso puesto que la normativa de transposición no ha incorporado las referencias al servicio público de interés general que inclu-

ye la Directiva de Servicios. En efecto, los artículos 9, 11 y 13.1 de la Ley 17/09 omiten las matizaciones que con respecto al SIEG efectuaban los correlativos artículos 15.4 y 17.1 de la Directiva.

Así pues, en este momento estamos ante la paradoja de que se nos puede exigir el cumplimiento de la normativa y la jurisprudencia europea sobre el SIEG, sin que podamos utilizar las ventajas de esta construcción porque nuestro ordenamiento no ha abierto los canales jurídicos correspondientes.

Por otro lado, ya se ha visto cómo la normativa sectorial de servicios funerarios impone una intensa liberalización que ignora las posibilidades que permite el ordenamiento europeo respecto a los servicios de interés económico general.

Ahora bien, aun a pesar de los citados obstáculos, no cabe duda de que la configuración de los servicios funerarios como un servicio de interés económico ge-

neral permite un margen de actuación que sería inaceptable en un modelo puro de mercado.

Cierto es que la normativa española impide que las ordenanzas municipales “establezcan exigencias que desvirtúen la liberalización del sector”, como dice el artículo 13 de la Ley 24/05, o que puedan “vulnerar la libertad de concurrencia de las empresas funerarias”, según el artículo 6.3 de la Ley 2/97; pero no es menos cierto que la configuración de un SIEG no tiene por qué suponer necesariamente un obstáculo significativo al libre comportamiento del mercado.

Cabe añadir en este aspecto que los municipios difícilmente pueden cumplir su responsabilidad en cuanto a la prestación del servicio a toda la colectividad local, como impone la Ley 2/97, prácticamente sin instrumentos de intervención, como resultaría de una aplicación rigurosa de la normativa de transposición de la Directiva de Servicios. ■

La responsabilidad penal de los funcionarios públicos y autoridades en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, y contra el medio ambiente

Antoni Pelegrín López

Fiscal coordinador de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía Provincial de Barcelona

1. Introducción

2. El concepto de autoridad o funcionario público

3. La responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

3.1. El informe favorable

3.2. La tolerancia administrativa

3.3. La resolución favorable

4. La responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos en los delitos contra el medio ambiente

4.1. El informe favorable

4.2. La tolerancia administrativa

4.3. La resolución favorable

4.4. La Administración contaminante

Bibliografía

Resumen

Las Administraciones Públicas están obligadas por la Constitución y las leyes a velar por una utilización racional de los recursos naturales, y a proteger y mejorar nuestra calidad de vida y restaurar el medio ambiente. En este sentido es muy abundante la normativa vigente sobre esta materia, dirigida a dotar a la Administración de medios para cumplir con esta finalidad. El Código Penal prevé determinados delitos destinados a sancionar a las autoridades o funcionarios que de manera intencionada, en la tarea destinada a controlar las actividades que pueden perjudicar el medio ambiente o el uso racional del territorio, realizan determinadas acciones u omisiones. El objeto de este trabajo es hacer un breve análisis de los delitos desde la perspectiva de quien procura su aplicación ante los órganos judiciales, en cumplimiento de sus obligaciones como miembro del Ministerio Fiscal.

Palabras clave: *autoridad y funcionario público; prevaricación urbanística; prevaricación medioambiental; tolerancia administrativa.*

The criminal responsibility of civil servants and public authorities for criminal offences regarding to territorial organization, urbanism and the environment

Abstract

Public Authorities are required by the Constitution and legislation to protect the rational use of natural resources, to improve our quality of life and to restore the environment. The Criminal Code typifies several criminal offenses that punish civil servants and public authorities which intentionally carry out some actions or omissions when they monitor activities that could be harmful to the environment. This article pursues to briefly analyze these criminal offences from the standpoint of a public prosecutor who is in charge of its criminal persecution.

Keywords: civil servant and public authority; prevarication in urbanism; prevarication in the environment protection; administrative tolerance.

1. Introducción

La experiencia ha ido demostrando que la función pública de intervención ha sido particularmente deficiente en el ámbito del urbanismo y de la protección del medio ambiente. Esta es la razón por la que el Código Penal ha ido incorporando delitos que sancionan a las autoridades o funcionarios públicos en relación con determinados supuestos de control irregular o de tolerancia administrativa en aquellas materias.

Por otra parte, y casi paralelamente, dentro de la estructura del Ministerio Fiscal se han creado las secciones especializadas de Medio Ambiente y Urbanismo en cada una de las fiscalías provinciales españolas, al frente de las cuales habrá un fiscal delegado. En este sentido, destaca la Instrucción 4/2007 de la Fiscalía General del Estado relativa al fiscal coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo y las secciones de Medio Ambiente de las fiscalías provinciales. La creación de estas secciones pretende fomentar la especialización del Ministerio Fiscal en estas materias, ya que, en atención a la supuesta preparación e interés de los fiscales que forman parte de dichas secciones, se considera que de esta manera será posible una persecución más eficaz de aquellos delitos. Esta especialización presente en el Ministerio Fiscal no se ha trasladado a los órganos judiciales del ámbito penal.

Precisamente en la Fiscalía Provincial de Barcelona esta Sección, formada actualmente por un fiscal coordinador y dos fiscales especialistas, ha acabado absorbiendo el Servicio o Sección de Delitos Urbanísticos que se creó en el año 2007. La particularidad de ese Servicio consistía en que tenía por objeto la investiga-

ción de los delitos relacionados con el urbanismo de una manera muy amplia, y no se limitaba a los relativos a la ordenación del territorio previstos en los artículos 319 y 320 del Código Penal.

La investigación que lleva a cabo la Sección mencionada se puede iniciar de oficio o bien por denuncia de cualquier persona o entidad pública o privada. También se suele iniciar por la comunicación de los hechos por parte de los cuerpos policiales que tienen conocimiento, y, en este sentido y en materia de ordenación del territorio, es relevante la labor informativa que el Cuerpo de Agentes Rurales proporciona a la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía.

A diferencia del procedimiento judicial penal, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal fija un plazo máximo ordinario para la investigación de los delitos por parte del fiscal, y este es de seis meses, sin perjuicio de que se puedan obtener sucesivas prórrogas de seis meses del fiscal general del Estado. Esto, en la práctica, no deja de ser un claro obstáculo para el fiscal que quiere proceder a la investigación de los delitos objeto de esta ponencia, ya que, mientras se pide la información administrativa al organismo pertinente, se recibe esta documentación y se procede a su estudio, ya puede haber pasado ese plazo, si se tiene en cuenta la acumulación de trabajo y la reducida plantilla de aquella Sección.

La finalidad de la investigación del fiscal será la de obtener información sobre si existen indicios racionales suficientes acerca de la existencia de alguna infracción penal, y si hay alguna persona presuntamente responsable de aquella, a fin de formular la pertinente denuncia o querrela ante los órganos judiciales. Esta labor

investigadora en la Sección se lleva a cabo directamente por el fiscal o bien mediante el auxilio de las unidades especializadas en materia de urbanismo o medio ambiente de los cuerpos policiales, como el Área Central de Medio Ambiente del Cuerpo de los Mossos d'Esquadra en Cataluña, la Sección de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil, o la Unidad de Delitos Urbanísticos de la propia Guardia Civil.

En esta ponencia referida a la responsabilidad penal de autoridades y funcionarios, nos limitamos a los delitos que pueden cometer aquellos y que se encuentran dentro del Título XVI del Libro II del Código Penal, denominado: "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente".

2. El concepto de autoridad o funcionario público

Los delitos objeto de comentario exigen que el autor sea autoridad o funcionario público. Este concepto, desde la perspectiva penal, no es coincidente con el de autoridad o funcionario público del derecho administrativo. Nos podremos encontrar con que personas que no tienen ese carácter desde el punto de vista administrativo, tienen esa consideración desde la vertiente penal. Y es que el artículo 24 del Código Penal establece una interpretación auténtica sobre quién debe ser considerado funcionario público o autoridad a los efectos de este texto legal. Dicho artículo establece que:

"1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. [...]

"2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas".

El concepto de autoridad o funcionario para el Código Penal no es, pues, coincidente con el del derecho administrativo. A efectos penales es mucho más amplio, ya que lo define el origen del nombramiento, que debe ser alguna de las vías previstas en el artículo 24, y, por otra parte, que la persona participe en funciones públicas con independencia de la incorporación formal a la Administración Pública o de la temporalidad o permanencia en su cargo (como reconoce reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las SSTs núm. 1292/2000, de 10 de julio, 68/2003, de 27 de

enero, 333/2003, de 28 de febrero, y 663 /2005, de 23 de mayo). Es irrelevante la clase de función pública que se realice. La participación en las funciones públicas puede serlo tanto en las propias del Estado como de las entidades locales o comunidades autónomas, y también de la denominada Administración institucional, que nace cuando una entidad pública adopta una forma independiente, con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un funcionamiento más ágil y eficaz, de forma que cualquier actuación de estas entidades, cuando hay un interés público presidiendo sus actos, se debe considerar que es función pública (así lo expresa la STS de 22 de abril de 2003).

En cuanto al acceso a la función pública para ser considerado funcionario público a efectos penales, no son relevantes ni los requisitos de la elección para el ingreso, ni la categoría, por modesta que pueda ser, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de provisión ni la estabilidad o temporalidad del cargo (STS de 4 de diciembre de 2001).

Como dice claramente la STS 1608/2005, de 12 de diciembre, el factor más determinante de la definición de funcionario a efectos penales es el de participación en las funciones públicas. Por esta razón será funcionario para el Código Penal tanto el titular como el interino o el contratado temporalmente, ya que lo que importa es que la persona debe estar al servicio de los entes públicos y que su actividad debe estar sometida al control del derecho administrativo, aunque no tenga las notas de incorporación definitivas ni, por tanto, la permanencia (así, también, STS 1292/2000, de 10 de julio, STS de 4 de diciembre de 2002, y STS 1344/2004, de 23 de diciembre).

El concepto penal de funcionario tiene una doble vertiente. Por un lado, se trata de garantizar la correcta actuación de la función pública, cuando se ve alterada por la realización de delitos por parte de quienes participan en dicha función. Esta sería la consideración del concepto de funcionario como sujeto activo del delito. Por otra parte, ese concepto también es aplicable en los casos en que se trata de actos de particulares que se dirigen contra quienes realizan las funciones públicas, y perturban su funcionamiento normal. Esta sería la consideración del funcionario como sujeto pasivo o víctima de la infracción penal (así, STS 188/2012, de 14 de marzo).

Es bastante habitual que algunos ayuntamientos, ante la vacante de plazas, especialmente de carácter

técnico, con independencia de las presuntas irregularidades en cuanto a la fórmula elegida para la adjudicación pertinente, suscriban contratos denominados de consultoría o arrendamiento de servicios con profesionales o con empresas de profesionales, para llevar a cabo funciones públicas municipales que son habituales. Esto suele ocurrir con el asesoramiento técnico en materia de urbanismo, cuando no está cubierta o no existe ningún interés en cubrir la plaza prevista de arquitecto o arquitecto técnico municipal. Ciertamente, la actividad que presta el arquitecto municipal o arquitecto técnico municipal es una de las habituales y necesarias dentro de la Administración local, debe prestarse de manera continuada, y es necesario que personas físicas concretas la lleven a cabo. Por lo tanto, la naturaleza jurídica del contrato suscrito como de prestación de servicios no impedirá, según la jurisprudencia citada y el contenido del artículo 24 del Código Penal, otorgar el carácter de funcionario público a las personas que realicen de manera efectiva la función pública según este contrato o adjudicación, aunque se haya utilizado previamente la ficción, pantalla o contrato fraudulento de adjudicar la actividad a una persona jurídica como, por ejemplo, una empresa privada de arquitectos. Hay que tener en cuenta que, al emplear este fraude de ley consistente en contratar servicios personales propios de la función pública interponiendo una persona jurídica, muchas veces lo que se pretende realmente también es adjudicar los contratos “externos” a la misma empresa, evitando formalmente y aparentemente la prohibición que todo funcionario tiene de contratar por sí o a través de otros con la propia Administración donde se encuentra prestando sus servicios (Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas).

También podemos encontrar supuestos en que la Administración, para realizar su función pública, encarga a una empresa o a un profesional que emita un informe sobre alguna cuestión específica en materia urbanística o medioambiental, que se acabará incorporando a un expediente y servirá de fundamento a la resolución administrativa que se dictará, como el otorgamiento de una licencia urbanística o ambiental, con las consecuencias que ello tiene. Estos encargos, en ocasiones, los motiva el hecho de que los servicios técnicos de la Administración que han participado en dichos expedientes han emitido los informes preceptivos, de manera objetiva y legal, pero sin ajustarse a los intereses de los responsables públicos, quienes deciden

finalmente celebrar los contratos de asesoramiento técnico o jurídico con terceros. Casualmente estos informes, que podemos denominar “externos”, adjudicados por razón de la cuantía y habitualmente por la vía del contrato menor, suelen satisfacer las pretensiones de los responsables públicos que deciden pedirlos, recordando el conocido dicho que afirma que quien paga manda. Ante esta situación se puede plantear qué consideración, a efectos penales, deben tener las personas “externas” que hacen estos informes, que han sido contratadas por la Administración para hacer los informes que deben utilizarse en un asunto administrativo. Desde el momento en que ha existido una designación para realizar esa actividad pública, aunque sea puntual y por la vía de un contrato, y se participa en la función pública con la emisión de un informe o dictamen solicitado, que se incorporará en un expediente administrativo y que será alguno de los fundamentos de la resolución que se dicte, no hay duda de que quien emite ese informe, en un sentido favorable al otorgamiento de la licencia, contrario al ordenamiento jurídico y con conocimiento de su ilegalidad, tendrá la consideración de funcionario público a efectos penales, según se ha expuesto antes. Ello implicará la posibilidad de incurrir en los delitos de emisión de informes contrarios a derecho previstos en los artículos 320.1 y 329.1 del Código Penal. Este es el criterio que podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Supremo 901/12, donde se ratifica la condena a un asesor jurídico externo que emitió un informe favorable injusto, con conocimiento de su injusticia, y que sirvió de fundamento para el otorgamiento de la licencia urbanística.

3. La responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

El Código Penal introdujo por primera vez estos delitos a partir del nuevo Código Penal de 1995, y están incluidos dentro del artículo 320. La reforma del Código a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supuso también la modificación de ese precepto, con la ampliación de los asuntos urbanísticos a informar o a resolver favorablemente, y la inclusión de un nuevo comportamiento consistente en la tolerancia administrativa o la omisión intencionadas ante la infracción urbanística. Los distintos comportamientos delictivos incluidos en este precepto y su redacción, son muy si-

milares a los previstos en el artículo 329, que se refiere a la responsabilidad penal de autoridades y funcionarios en los delitos contra el medio ambiente, por lo que muchas de las reflexiones que se hacen en este apartado serán perfectamente trasladables a este delito, que será comentado más adelante.

Las penas previstas para los delitos son, por una parte, la inhabilitación para empleo o cargo público, que puede ir de siete a diez años, por la remisión que hace el artículo a la prevaricación genérica, donde se prevé esa pena, y, por otra parte, la prisión de un año y seis meses a cuatro años, y la multa de doce a veinticuatro meses. Antes de la reforma del Código Penal de 2010, además de la pena de inhabilitación se preveían las penas de prisión, que era más baja, ya que iba de seis meses a dos años, y la misma multa pero de manera alternativa. No entendemos demasiado la razón de prever una pena de prisión ostensiblemente superior en este delito respecto del mismo delito en materia de medio ambiente del artículo 329. Posiblemente el legislador apreció que la actuación administrativa urbanística en el territorio español era más preocupante que la relativa al medio ambiente, y por ello estableció esta diferencia, pensando que quizás con una mayor pena privativa de libertad a partir de la reforma alguien se lo pensaría dos veces antes de actuar de esa manera.

En este delito, a diferencia del artículo 319, que sanciona a los particulares que realizan construcciones no autorizadas limitando las conductas a determinados 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 que por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección, o bien el suelo no urbanizable), el artículo 320 protege todo tipo de suelos, sea cual sea su clasificación o calificación, porque hace referencia genérica a todo tipo de instrumentos de planeamiento y gestión y cualquier licencia urbanística.

Las investigaciones penales abiertas en relación con las edificaciones o construcciones denunciadas por particulares, o descubiertas por los agentes de los distintos cuerpos policiales, llevan a veces a la sorpresa esperada de que la Administración local ha llegado a amparar aquellos actos a través de una licencia contraria al ordenamiento jurídico, o bien de que conoce los actos y no ha hecho absolutamente nada. A tal efecto, se otorgan licencias que no tienen nada que ver con lo que realmente se quería hacer desde un principio por el promotor, como la recurrente salida de solicitar y ob-

tener licencia para hacer una edificación agrícola en suelo no urbanizable, presuntamente destinada a guardar herramientas agrícolas, cuando finalmente se construye una clara edificación residencial. Otras posibilidades son las naves agrícolas destinadas a un uso agrícola inexistente o ficticio, empleado también como simple excusa para amparar la construcción de una vivienda en suelo no urbanizable. Tampoco es raro encontrar licencias municipales de obra para hacer edificaciones destinadas a vivienda en ese suelo, sin seguir los conocidos y preceptivos trámites de información pública y de informe vinculante de la Comisión Territorial de Urbanismo. Podríamos poner muchos más ejemplos, y deberíamos añadir que en muchas ocasiones la Administración local, una vez hechas las obras por quien se ampara en estas licencias ilegales, no le suele poner después obstáculo alguno dirigido a restablecer la legalidad urbanística, hasta que se investigan los hechos penalmente, que suele ser cuando las cosas cambian y de la omisión administrativa pasamos a la acción, aunque solo sea aparente. Esta experiencia investigadora nos lleva a la conclusión de que este delito tiene una razón de ser. El legislador ha decidido incluir estos comportamientos porque en el urbanismo, al igual que en materia de protección del medio ambiente, la Administración no actúa correctamente en muchas ocasiones, haciéndolo de manera deliberada y poniendo en riesgo los valores protegidos por estos delitos en beneficio de intereses particulares.

Dividiremos las infracciones contenidas en este precepto en tres apartados: el informe favorable, la tolerancia administrativa y la resolución favorable.

3.1. El informe favorable

El artículo 320 del Código Penal sanciona:

“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, [...]”

Se parte de la base evidente de que para aprobar estos instrumentos urbanísticos u otorgar estas licencias existe un procedimiento administrativo a seguir, al que se incorporan informes de carácter técnico y jurídico con carácter previo a la resolución del expediente. La resolución final viene precedida por la documenta-

ción y los informes de personas que participan en la función pública y que velan por los intereses públicos y generales en aquella actuación, teóricamente con plena objetividad y respeto al ordenamiento jurídico, tal y como exige la Constitución. La documentación y los informes servirán de fundamento de la resolución final que se dictará, y la normativa administrativa establece cuáles deben ser, de manera que todo expediente los deberá incorporar.

En este sentido, el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña de 2010, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, y su Reglamento, aprobado por el Decreto 305/2006, de 18 de julio, son un ejemplo claro de lo que estamos diciendo. Las resoluciones favorables a la transformación o *statu quo* en materia de urbanismo, como ocurre también en materia medioambiental, al suponer una alteración o modificación de los bienes jurídicos ordenación del territorio o medio ambiente, necesitan una fase de reflexión previa al otorgamiento de la licencia o instrumento urbanístico que puede implicar aquellas transformaciones del entorno, reflexiones estas que deben hacerse con un estudio cuidadoso y tranquilo de la propuesta a aprobar, tanto desde un punto de vista técnico como jurídico. La importancia de estos informes y su trascendencia cuando son favorables, al ser fundamento del dictado de la resolución final o de las resoluciones de trámite relevantes que pueden poner en peligro el respeto a la ordenación del territorio o el urbanismo, han supuesto la inclusión de este tipo penal. La experiencia nos demuestra que la autoridad o el político dictará la resolución en forma de licencia favorable o aprobación de un instrumento urbanístico de los que cita aquel precepto, y se amparará en el previo informe favorable jurídico o técnico para justificar su decisión favorable a realizar una determinada actuación urbanística considerada ilegal en una investigación penal. Quien resuelve, individual o colegiadamente, alegará no ser técnico en la materia, y que se ha limitado a cumplir con lo que han informado antes quienes entienden, los técnicos, y como estos han informado de forma favorable, ha tomado la decisión en ese sentido.

Por tanto, la importancia del informe es tan decisiva en estos procedimientos que ello ha determinado la inclusión de la conducta delictiva relativa al informe favorable, que también aparece, como se comentará, en los delitos contra el medio ambiente del artículo 329.1 del Código Penal. Una previsión idéntica puede verse en el artículo 322.1 del Código Penal en materia de

delitos sobre el patrimonio histórico. Curiosamente no aparece esta previsión en otros ámbitos de la actividad administrativa donde también se requieren informes para resolver, lo cual es indicativo de que algo no se hace bien en materia urbanística y medioambiental, y el legislador pretende corregirlo con la inclusión de estas conductas en el Código Penal.

Como se ha indicado, el informe emitido por la autoridad o funcionario público debe ser favorable a la aprobación de los instrumentos urbanísticos de planeamiento o gestión que se mencionan, o al otorgamiento de la licencia urbanística. En un primer momento, el Código Penal de 1995 en ese delito solo hacía referencia a informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, y la reforma de 2010 añadió los informes favorables de los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación o construcción.

En cambio, el informe desfavorable, aunque se den el resto de requisitos de tipo penal, al ser contrario a la aprobación de los instrumentos o al otorgamiento de las licencias que suponen una alteración del territorio, de los usos del suelo, o que suponen un paso previo a que ello se produzca en un futuro, no es constitutivo de este delito. Pese a que el desfavorable sea un informe manifiestamente ilegal, no se habrá producido la conducta exigida por este delito, porque no implica un paso favorable a que la Administración ampare una posible transformación urbanística. Si el informe es la base o el fundamento de una resolución manifiestamente injusta dictada por la persona o el órgano competente, ya que estos se basarán en este informe, se podría plantear si quien ha informado de esta manera ha podido cometer el delito genérico de prevaricación del artículo 404, como inductor o como autor mediato.

El precepto penal pide que, además, el informe favorable se haga "a sabiendas de su injusticia". Por lo tanto, la autoridad o funcionario público que hace el informe debe saber que su dictamen no respeta el ordenamiento jurídico, que se aparta de este de manera evidente. La infracción puede ser tanto de la normativa urbanística relativa al procedimiento legal preceptivo a seguir para el otorgamiento de la licencia o la aprobación del instrumento urbanístico, como de los fondos y requisitos de carácter material exigidos para poder informarlos de manera favorable, o de la competencia para resolver, como destaca por ejemplo la STS 663/05, de 23 de mayo. Se trata de un delito doloso, por lo que la actuación imprudente, aunque sea grave, es impu-

ne. No debe ser un informe cuestionable jurídica o técnicamente, sino que debe ser claramente contrario a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, y ello debe saberlo claramente quien informe (así, STS 363/06, de 28 de marzo). Ahora bien, para hacer esta valoración sobre el conocimiento de la ilegalidad en el momento de los hechos por parte de la autoridad o funcionario público autor del informe favorable, el juez penal no puede basarse en sus conocimientos sobre la materia en el momento de hacer el juicio, ya que muy probablemente para él será la primera vez que se le plantea esta cuestión urbanística, y, dada su falta de especialización en la materia, puede llegar a considerar fácilmente que quien informó no actuó de manera inepta o claramente contraria al ordenamiento urbanístico, sino que simplemente se equivocó, cuando en materia urbanística hay muchas cuestiones que no tienen discusión y que son pacíficas y evidentes para quien trabaja regularmente en ese ámbito. Puede pensarse, por ejemplo, en los pasos previos y preceptivos para el otorgamiento de licencias de construcciones de carácter residencial en suelo no urbanizable, que son obviados descaradamente, porque existe un informe favorable a que el Ayuntamiento las otorgue directamente, y lo mismo puede decirse respecto de licencias de obras o usos provisionales.

También es posible encontrar supuestos en los que se considera que por parte del funcionario no se ha cometido el delito en la forma dolosa exigida, pero se ha emitido un informe a favor de manera muy negligente, llegando a afirmar quien juzga que el funcionario debería haber leído el precepto aplicable y no lo hizo, o que se fió de otra persona y directamente emitió el informe favorable. Todo ello para terminar absolviendo a la persona imputada por falta de intencionalidad. Respecto de estos argumentos es necesario decir que la manera de actuar de quien, en el momento de hacer el informe, actúa con voluntad de no estudiar seriamente la cuestión planteada, y se pone ya de manera intencionada en una situación de ignorancia deliberada, para hacer un informe favorable, equivale a la de quien informa de manera intencionada y con conocimiento de causa. El hecho de no acudir a esta solución de la ignorancia deliberada, que poco a poco está aceptando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, SSTs de 13 de marzo y 10 de noviembre de 2006), en la práctica puede suponer en muchos casos la imposibilidad de la aplicación del tipo penal que ahora se comenta.

En los expedientes administrativos objeto de las investigaciones penales, no es extraño comprobar cómo,

en ocasiones, se otorgan licencias sin existir el procedimiento administrativo oportuno y con la pertinente resolución administrativa, a pesar de ser esta obligatoria en ese caso. En otras ocasiones solo existe un informe de tipo técnico, emitido por el arquitecto técnico o el arquitecto municipal, pero no existe ningún informe jurídico, a pesar de la obligatoriedad de la existencia de los dos, según dispone el artículo 188.3 del texto refundido de la Ley de urbanismo. Al faltar el jurídico, tampoco se encuentra en la mayoría de los casos un informe concreto del secretario municipal, quien normalmente se limita a firmar el Decreto de otorgamiento de la licencia. Todo ello suele ser aprovechado por las personas implicadas a la hora de la investigación penal. Unos dirán que son técnicos que no conocen de cuestiones jurídicas, nada creíble en el caso de arquitectos superiores y técnicos. Otros dirán que simplemente se limitaron a dar fe de la decisión municipal otorgando la licencia, sin comprobar la regularidad del expediente y de los informes, o la falta de los mismos, o la necesidad de cumplir los requisitos obligatorios. En definitiva, se argumentará que existe un cúmulo de irregularidades casuales, sin voluntad de favorecer a nadie. En cuanto al contenido de los informes favorables, este en ocasiones es claramente insuficiente, sin hacer referencia a las normas concretas que amparan esa posición. En ocasiones se llega a faltar a la verdad en los hechos expuestos en el informe, lo que supondrá, cuando se haga de manera consciente, la comisión de un delito de falsedad ideológica del artículo 390.1.4.º del Código Penal, cometido por autoridad o funcionario público.

En muchas ocasiones se detectan indicios serios para pensar que el informe ha sido favorable, de manera contraria a las normas urbanísticas y de ordenación del territorio, por determinadas presiones de los responsables políticos donde se integra el funcionario informante, que muchas veces aprovechan la situación de precariedad que presenta su cargo, provisto en forma de contrato de interinidad o de arrendamiento de servicios. En ocasiones tampoco es comprensible ni sostenible que todos los ayuntamientos tengan unos servicios técnicos municipales en materia urbanística, o que, cuando faltan, tengan que buscar una empresa o un profesional externos a los que se paga por hacer un informe urbanístico en un expediente administrativo. Desde la perspectiva de la prevención penal y la corrección de la actuación administrativa se considera que, desde los consejos comarcales o desde las diputaciones, se podrían solucionar muchos de estos problemas

de irregularidades que conllevan la comisión de estos delitos, disponiendo de profesionales plenamente independientes y desvinculados del centro municipal final de decisión para hacer las labores de informe previo en estos expedientes.

El delito requiere que la infracción voluntaria del ordenamiento jurídico en el informe favorable no sea de cualquier norma administrativa, sino únicamente de las que establece expresamente aquel precepto, que, de conformidad con el principio de legalidad, son las normas de ordenación territorial o las urbanísticas vigentes. Por tanto, si se infringen otras normas diferentes no sería aplicable este precepto concreto.

En Cataluña serán, pues, especialmente relevantes el texto refundido de la Ley de urbanismo, su Reglamento, así como los distintos planes directores territoriales y la normativa urbanística de cada municipio incorporada en los planes generales de ordenación, las normas subsidiarias o las ordenanzas urbanísticas.

En alguna ocasión, una vez abierta la investigación por parte del Ministerio Fiscal o del Juzgado de Instrucción, y conocido este hecho por parte del Ayuntamiento, se inician actuaciones serias destinadas a modificar la normativa urbanística infringida, para que el informe favorable o la licencia contrarios al ordenamiento y objeto de la investigación se conviertan después en ajustados a derecho. Ciertamente entendemos que esto no cambia las cosas, dado que la infracción penal se habrá cometido aunque después se modifique la normativa urbanística expresamente a esos efectos. La normativa a tener en cuenta a la hora de hacer el informe favorable o de dictar la resolución de aprobación del instrumento o de otorgamiento de la licencia, debe ser la vigente en el momento de emitir aquel o de dictar aquella, y nos lo recuerda el mismo precepto cuando expresamente emplea el término “vigentes” a la hora de referirse a las normas de ordenación territorial o urbanística que infringen. El auto del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2013 (rec. 20296/2012), ante la petición de revisión de una sentencia firme por un delito sobre la ordenación del territorio y que acordaba la demolición de una construcción, debido a la intención del Ayuntamiento de proceder a un cambio urbanístico para regularizar la zona donde se encontraba la construcción ilegal a derribar, desestimó la petición de suspender la demolición por la expectativa de la modificación urbanística. En esta resolución, se recuerda que en los delitos sobre la ordenación del territorio se hace referencia a normas y condiciones vigentes y exigibles en el momento en que se lleva a cabo la acción. El

hecho de que posteriormente se modifiquen estas condiciones no afecta a la antijuridicidad de la conducta pasada, ni debe suponer una valoración distinta o más beneficiosa de la misma. Lo que importa es la normativa vigente en el momento de los hechos. Tan solo las modificaciones legislativas que obedezcan a verdaderos cambios valorativos, es decir, cuando el legislador considere que no es necesario seguir protegiendo del mismo modo un determinado bien jurídico, o que un comportamiento determinado ya no es lesivo para el bien jurídico, podrán aplicarse retroactivamente si son favorables. No tienen esta vocación de retroactividad las modificaciones normativas que no afectan al núcleo de lo injusto, sino a otros elementos típicos.

Por otra parte, no es necesario que el informe favorable contrario a las normas y emitido de manera consciente acabe suponiendo el fundamento de una resolución también favorable. Para cometer el delito es suficiente con que la autoridad o funcionario público emita el informe favorable en las condiciones mencionadas, y que este se incorpore al expediente administrativo pertinente para poder producir sus efectos jurídicos. De esta manera queda el delito consumado, sin necesidad de esperar nada más. Se quiere proteger el respeto a la normativa urbanística en la fase de informe y resolución cuando se puede producir con ellos una transformación urbanística contraria a las normas, sin necesidad de que la transformación pretendida e informada o resuelta favorablemente llegue a realizarse.

3.2. La tolerancia administrativa

Este comportamiento delictivo es nuevo, introducido, como se ha indicado, con la reforma del Código Penal del año 2010, y aparece a continuación del de emitir informe favorable en el artículo 320.1, con la siguiente redacción, que prácticamente coincide con la prevista para la tolerancia administrativa en materia medioambiental del artículo 329 del Código Penal:

“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, [...] con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio [...]”.

Lo que pretenden los legisladores con este nuevo delito es evitar por la vía penal la tan comprobada pasividad de las Administraciones, especialmente de la local, a la hora de promover la restauración de la legalidad urbanística o de incoar los expedientes destina-

dos a sancionar las infracciones urbanísticas cometidas. El propio Tribunal Supremo ya hizo referencia a esta situación en la STS 1127/06, de 27 de noviembre, donde argumenta que la justificación de la razón de ser de los delitos sobre la ordenación del territorio se encuentra en la desastrosa situación a que se ha llegado en el territorio español respecto de esta materia a pesar de la normativa administrativa existente, donde se incluirá la destrucción paisajística.

En este precepto, por una parte se hace referencia a que la autoridad o funcionario competente para perseguir las infracciones urbanísticas debe actuar de manera intencionada, sabiendo que con la omisión o la no persecución del hecho delictivo en que consistirá el silencio de la infracción no está respetando la normativa sobre protección de la legalidad urbanística. Ahora bien, aparte de este aspecto sobre la intencionalidad o el conocimiento por parte de la autoridad o funcionario de que la omisión es injusta, resulta que se describen dos comportamientos de pasividad administrativa posibles: el consistente en silenciar la infracción urbanística a pesar de haber inspeccionado los actos infractores, y el consistente en decidir no hacer las inspecciones para constatar dichas infracciones urbanísticas, lo que también es silenciar, término que el diccionario define como el acto de callar, omitir o pasar en silencio. En todo caso, si se tiene en cuenta que se requiere la intencionalidad de no hacer nada ante la infracción, dada la referencia a la expresión “a sabiendas de su injusticia”, es evidente que quien no actúa teniendo la obligación de hacerlo para cometer este delito deberá saber que tiene ante sí una infracción urbanística y, a pesar de poder hacerlo, no hace nada, que sería el caso de no hacer las inspecciones para determinar el alcance concreto de la infracción y que es el paso a través del cual la Administración constata la realidad de la infracción, o también cuando ha hecho las inspecciones y no se adopta ninguno de los actos destinados a proteger la legalidad urbanística.

El comportamiento consistente en no hacer las inspecciones obligatorias no plantea tantos problemas como el consistente en haber silenciado, término que no parece demasiado adecuado para describir un delito, ya que puede plantear serias dudas sobre cuándo existe realmente dicho silencio a efectos penales. Si silenciar es callar o no hacer nada, entonces se podría entender que no existe delito alguno si simplemente se incoa formalmente un procedimiento sancionador o de restauración de la legalidad urbanística, y no se adopta después decisión alguna seria y eficaz frente a

la infracción. Se podría decir que no ha existido silencio en este caso, porque se ha dictado alguna resolución, como puede ser el acuerdo de incoación mencionado ante la infracción. Sin embargo, a pesar de que en el expediente se ha manifestado la infracción en el caso mencionado y por lo tanto no se ha ocultado formalmente, de hecho ha existido silencio porque no se ha hecho nada, y por lo tanto estaríamos ante el delito si es que no se ha adoptado ninguna resolución eficaz y esto ha sido una decisión intencionada y consciente contraria a derecho, elemento subjetivo que también exige este tipo penal.

El mismo problema se plantea si se ha abierto un procedimiento de restauración de la legalidad y no se ha abierto el sancionador ante la manifiesta infracción urbanística o al revés, y, como a menudo suele ocurrir también en la práctica, se puede llegar al punto de dictarse resoluciones de imposición de la sanción o de declaración de la ilegalidad de los actos urbanísticos contrarios a la normativa, pero que ni la multa ni la efectiva restitución al estado original se ejecuten por la Administración. No habría silencio formal, pero sí silencio a efectos penales, si la falta de actuación final ha sido por una voluntad decidida de no cumplir con las normas de protección de la legalidad urbanística que expresamente establecen qué hacer ante la infracción.

El citado texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña de 2010, en el Título VII, “De la protección de la legalidad urbanística”, regula los medios de que dispone la Administración para cumplir con esa obligación. Como expresa el artículo 199, todas las acciones u omisiones que presuntamente conlleven vulneración de las determinaciones contenidas en el texto refundido, en el planeamiento urbanístico o en las ordenanzas urbanísticas municipales, sujetas a sanción de conformidad con aquella Ley y su Reglamento, deben dar lugar a las actuaciones administrativas necesarias para aclarar los hechos, y subsiguientemente a la incoación de un expediente de protección de la legalidad urbanística. Además, de conformidad con aquel precepto se deja claro que la potestad de protección de la legalidad urbanística es de ejercicio preceptivo, y debe dar lugar a la incoación y tramitación de los procedimientos que tendrán por objeto, conjunta o separadamente, la restauración de la legalidad física alterada y del orden jurídico vulnerado, la imposición de sanciones y la determinación de los daños y perjuicios. La obligación establecida legalmente para la Administración es indiscutible, y no existe margen alguno para la discrecionalidad.

Una vez vistas las exigencias claras y contundentes establecidas en este texto refundido, se podía entender que no existirá silencio penalmente relevante si, al menos, se adopta alguno de esos remedios ante la infracción urbanística constatada por el responsable competente. La experiencia del examen de las diligencias de investigación penales nos ha ilustrado que, en la gran mayoría de los casos, el expediente de protección de la legalidad urbanística, en su vertiente sancionadora o de restauración, se abre cuando los responsables municipales tienen conocimiento de la infracción, ante la petición de información de las presuntas irregularidades por parte de los agentes de la Policía que investigan la presunta infracción urbanística penal, o cuando es el fiscal quien la pide en el marco de las diligencias de investigación. Por tanto, casi no se ha hecho nada en la mayor parte de los casos de investigación de infracciones urbanísticas examinados en la vía penal. Suele haber una total ausencia de actuación destinada a la protección de la legalidad urbanística hasta ese momento. También se observa que, en ocasiones, se han abierto expedientes solo para restaurar la realidad física, pero no existe ningún expediente paralelo destinado a sancionar las infracciones flagrantes y evidentes, que han quedado totalmente impunes sin justificación alguna. A veces se ha abierto aquel pero solo formalmente, porque se han llegado a realizar algunos trámites iniciales y se han dictado resoluciones más o menos contundentes, pero sin emplear la coerción necesaria y casi siempre sin llegar al extremo –legalmente previsto y exigido por la normativa– de proceder a la restitución física, como puede ser el derribo de las construcciones no susceptibles de legalizar y a costa del infractor. Este panorama irregular es el que se presenta también ahora, una vez ha entrado en vigor este nuevo delito de la tolerancia del Código Penal, en el mes de diciembre del año 2010, que es un claro toque de atención para todas las autoridades y funcionarios públicos encargados de la responsabilidad de restaurar la legalidad urbanística.

El texto refundido de la Ley de urbanismo, en su artículo 200, deja claro que el responsable y, por tanto, el obligado a incoar expedientes de protección de la legalidad urbanística es el Ayuntamiento, respecto de las infracciones cometidas en su término municipal. Sin embargo, se prevé que el Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat, a través de su órgano competente (Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo), puede ejercer esta potestad respecto de las presuntas infracciones graves y muy gra-

ves, pero ahora, desde la reforma introducida en 2012, sin hacer referencia a que esto pasaría en los casos de inacción municipal dentro de los diez días siguientes a la comunicación previa, o bien, en casos de urgencia, dentro de los tres días, como ocurría en la redacción derogada. Ante la pasividad municipal, pues, la Ley preveía antes el ejercicio subsidiario de dicha potestad para aquel Departamento. La redacción actual ya no hace referencia a la pasividad como condición de la actuación del órgano de la Generalitat, sino que se remite a las disposiciones de una futura normativa reglamentaria que establecerá las normas de coordinación para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística entre Administraciones, regulación que estará inspirada, según la nueva redacción, por el ejercicio preferente de la potestad por parte de los ayuntamientos, sin perjuicio de que se prevean supuestos en que no sea así, cuando se trate de vulneraciones de la legalidad que afecten al suelo no urbanizable y terrenos reservados a sistemas urbanísticos generales. Por tanto, este régimen futuro puede determinar que, en caso de producirse una pasividad intencionada del órgano de la Generalitat (Dirección General de Territorio y Urbanismo) en las infracciones en que tenga atribuida esa potestad, se podrá cometer el delito de la tolerancia administrativa por parte de sus autoridades o funcionarios, en caso de actuar de conformidad con lo exigido por este delito. La inspección urbanística, de conformidad con el artículo 193 del texto refundido, es una obligación para ese Departamento y para los órganos de la Administración local. El artículo 201 del texto refundido, obliga a comunicar siempre los informes de las inspecciones urbanísticas que hagan los órganos de la Generalitat u otros entes locales a los ayuntamientos de los municipios donde se hayan producido los hechos, y además otorga la condición de autoridad al personal al servicio de las entidades públicas mencionadas, que tienen la obligación de la inspección urbanística, facultándoles para inspeccionar todo tipo de obras e instalaciones y otorgando la presunción de certeza a sus actas de inspección.

En atención a la necesidad de que para cometer el delito los autores actúen intencionadamente y con conocimiento de la injusticia de la no persecución de la infracción o silencio, será necesario de forma evidente que conozcan que la infracción que debe ser objeto de la protección de la legalidad se ha cometido y cuál es su alcance. Por ello se hace referencia a que el silencio debe ser con motivo de las inspecciones. Normalmente este conocimiento puede venir de que los servicios mu-

nicipales o de otro ámbito hayan hecho la inspección correspondiente y hayan dado a esta el curso pertinente, con traslado a la autoridad o funcionario obligados a dar el trámite preceptivo al expediente. En cuanto al delito de tolerancia por no llevar a cabo las inspecciones obligatorias, deberá acreditarse que se conoce la infracción y se decide no constatarla a través de las inspecciones y silenciarla. Este conocimiento se producirá normalmente por la denuncia de cualquier persona exponiendo los hechos, ya que en materia urbanística cualquier persona tiene legitimación para hacerlo, o también por la comunicación de otra Administración. Igualmente es normal que la situación de ilegalidad urbanística pueda ser conocida por el responsable por el hecho de haberla visto, especialmente cuando son manifiestas, como en lugares visibles o municipios no muy grandes.

El Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña (Decreto 305/2006, de 18 de julio) dispone que la sustanciación del proceso penal no impide el mantenimiento de las medidas provisionales ya adoptadas, la adopción de otras medidas provisionales, ni tampoco la adopción y ejecución de las medidas de restauración de la realidad física alterada o del orden jurídico vulnerado que procedan. Por tanto, únicamente procede suspender el procedimiento destinado a sancionar la infracción, pero no el destinado a la restauración, que debe continuar, sin que sea aceptable fundamentar su paralización bajo la excusa de la existencia de un proceso penal, lo que supondría una actuación ilegal e injustificada, indicativa de una omisión voluntaria.

La autoridad o funcionario penalmente responsable, que, como hemos dicho, debe actuar intencionalmente a la hora de silenciar, es evidente que debe tener alguna posición específica que le permita que el procedimiento de la protección de la legalidad urbanística no se inicie, o que una vez puesto en marcha quede en nada o sea simple papel mojado. La investigación penal tendrá precisamente por objeto ver qué personas eran las que tenían la posición de garantes de la correcta tramitación del procedimiento de protección de la legalidad, y comprobar las razones que han motivado que estas hayan decidido no abrirlo, o abrirlo para no hacer nada o para dar la apariencia de que se ha hecho o se está haciendo algo, pero realmente no se quiere restituir ni sancionar nada. Por otra parte, este delito de omisión o de tolerancia se puede manifestar con una acción, como por ejemplo el dictado de una resolución totalmente contraria a derecho que acuerda dar por finalizado el procedimiento de protec-

ción, o alguna de sus alternativas, con el fin de no hacer lo que el texto refundido y su Reglamento indican de manera tan clara. En este caso el dictado de una resolución injusta y arbitraria, destinado a evitar llevar a cabo la protección de la legalidad urbanística, constituiría un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, que estaría en concurso ideal medial del artículo 77 de este Código con el delito de tolerancia administrativa del artículo 320.1 del mismo texto legal.

Como ejemplo de esta posible concurrencia de delitos, y aunque pueda parecer sorprendente, algún Ayuntamiento ha llegado a fundamentar la decisión de dar por finalizado el procedimiento de protección de la legalidad urbanística únicamente en el hecho de que ha tenido conocimiento de que el juez de instrucción había considerado que los mismos hechos, que eran manifiestamente una infracción urbanística al tratarse de una construcción hecha sin licencia municipal y en suelo no urbanizable protegido, no eran constitutivos de delito, y había archivado el asunto judicial penal.

3.3. La resolución favorable

El artículo 320.2 del Código Penal sanciona:

“[...] a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia”.

Si el número 1 de este artículo preveía el informe favorable como paso previo al dictado de la resolución con trascendencia urbanística, ahora se prevé la fase correspondiente al dictado o decisión de la resolución contraria a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes. Se sanciona en ese apartado del artículo 320 una auténtica modalidad de delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, pero referido a las resoluciones y a la normativa relacionadas con el urbanismo, que reúne todos y cada uno de los requisitos de la infracción mencionada. Ahora bien, dado que en este delito de la prevaricación urbanística se afectan o se ponen en peligro dos bienes jurídicos distintos, como son el correcto funcionamiento de la Administración Pública y la protección de la ordenación del territorio como forma de utilización racional de los recursos naturales en beneficio del interés general (como expone la STS 363/06, de 28 de marzo), la penalidad en

este caso, como se ha indicado antes, es mucho más elevada que en el delito de la prevaricación genérica.

Con la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, se ha ampliado el abanico de resoluciones susceptibles de prevaricación urbanística, y es coincidente con las del informe favorable comentado antes. Estas resoluciones, de conformidad con la normativa administrativa, están normalmente precedidas por uno o por varios informes técnicos y jurídicos de carácter preceptivo, que son el soporte o fundamento del dictado de la resolución, aunque no necesariamente deben tener carácter vinculante para quien debe dictarla. Dictar la resolución con conocimiento del hecho de que no se ha solicitado un informe preceptivo y vinculante previo o en contra de este, cuando la normativa urbanística así lo establece, constituiría un delito de prevaricación urbanística. Igualmente lo sería cuando el informe es preceptivo pero no vinculante, pero la resolución se aparta de este cuando es desfavorable y sin motivación alguna, infringiendo la normativa urbanística o sobre la ordenación del territorio sabiéndolo quien resuelve en esas condiciones.

Normalmente quien quiere resolver injustamente en estos casos buscará el apoyo de los informes preceptivos en un sentido favorable, y si la presión sobre las personas encargadas de informar en este sentido y que forman parte de su propia Administración (o de otra) no da resultado, se buscará un informe de los llamados “externos” para dar una justificación del porqué se ha dictado una resolución no amparada en los servicios administrativos. Si el informe encargado no se ajusta al ordenamiento jurídico, parece lógico concluir que se ha hecho a la medida y al gusto del peticionario interesado, que buscaba amparar la resolución en este informe hecho a medida. Consiguientemente, en este caso la intencionalidad o el conocimiento de la injusticia por parte de quien dicta la resolución o vota a su favor será más fácil de acreditar. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos que se investigan en el ámbito penal, la resolución manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico está precedida de informes de la propia Administración favorables al dictado de esta resolución. Esto implica que, ante el carácter técnico y jurídico de la materia a resolver y las típicas excusas de ignorancia sobre la materia de los responsables políticos que resuelven, todo el peso de la investigación recaerá directamente sobre los técnicos que han informado favorablemente, al efecto de depurar posibles responsabilidades, de conformidad con el artículo 320.1 del Código Penal, relativo al informe favorable.

De este modo quien ha resuelto, que a veces es el máximo interesado en conseguir la resolución injusta por razones diversas, sale indemne, y terminará no teniendo responsabilidad penal alguna, ya que impondrá una ley del silencio adobada normalmente por la defensa letrada de los técnicos municipales inculpadados, por otra parte sufragada por el mismo organismo al que estos pertenecen.

El artículo 320.2 del Código Penal hace referencia a la aprobación de instrumentos de planeamiento y de gestión urbanística.

Si se observa el procedimiento administrativo previsto para la tramitación y aprobación de estos instrumentos en el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña de 2010, podemos comprobar que algunos de los mismos tienen varias resoluciones de aprobación, como es el caso de los planes de ordenación urbanística municipal y sus modificaciones puntuales, donde se prevén aprobaciones iniciales, provisionales y definitivas, estas últimas acordadas por una Administración distinta de la que ha dictado las aprobaciones anteriores.

El Código Penal se refiere únicamente a la aprobación de los instrumentos de planeamiento y no emplea calificativo concreto alguno para la misma, por lo que no puede descartarse la tipificación de las aprobaciones iniciales y provisionales y no existe ninguna razón para limitarlo a las definitivas cuando el legislador no lo ha hecho, pudiendo hacerlo. Las de carácter inicial y provisional son resoluciones de trámite necesarias para llevar adelante el procedimiento de aprobación final, y producen cada una de ellas efectos jurídicos distintos, por lo que el dictado de una de las mismas con vulneración flagrante, arbitraria e inepta de la normativa urbanística o sobre la ordenación del territorio, y con claro conocimiento de esta infracción por parte de quien vota a favor o resuelve, puede constituir la comisión de delito, aunque sea posible que la decisión sea modificada posteriormente durante la tramitación.

En el caso de los proyectos de urbanización, también previstos en el precepto, normalmente existen dos fases diferenciadas para su aprobación, la inicial del proyecto por el órgano competente, que es objeto de información pública, y la posterior de aprobación definitiva, que es tácita si en el plazo de audiencia no ha habido ninguna alegación, o expresa si las alegaciones son rechazadas y así se acuerda. Por lo tanto, puede ser ilustrativo, para comprobar el conocimiento de la injusticia en estos casos, examinar cómo se han resuelto por parte del órgano encargado de la aprobación

definitiva las posibles alegaciones presentadas contra el proyecto, cuando a través de ellas se ponen de manifiesto las ilegalidades manifiestas cometidas que impedirían esa decisión.

Los proyectos de reparcelación tienen por objeto principal realizar un reparto equitativo de los beneficios y de las cargas de un determinado polígono de actuación, y adjudicar al Ayuntamiento los terrenos y las parcelas que le corresponden como cesión obligatoria del aprovechamiento urbanístico, que deben hacer los propietarios del polígono. Cuando alguno de estos dos aspectos no se respeta y ello es conocido por quienes votan a favor de la aprobación de ese instrumento, entonces estaremos ante este delito. Otra cosa distinta será en la práctica poder acreditar el conocimiento de estas circunstancias por parte de quienes deciden, dado el especial carácter técnico de las reparcelaciones en cuanto al concreto reparto de beneficios y cargas entre los propietarios, irregularidades que a veces están en manos de los particulares que han promovido y redactado el proyecto, como ocurre con el sistema de reparcelación por el sistema de compensación, y que únicamente una actuación diligente de los servicios técnicos municipales puede evitar. En estos casos en que los técnicos particulares o integrados en servicios técnicos municipales hayan provocado, con la redacción de un proyecto injusto, el dictado de una resolución aprobatoria del mismo también injusta, al ser aprobada por los responsables municipales sin conocer estos, a la hora de votar, las circunstancias técnicas que implican la ilegalidad de su votación, entendemos que sería posible considerar a los técnicos responsables penales del delito de prevaricación urbanística, como inductores o autores mediatos o bien como autores del delito de informar favorablemente referido antes, si es que efectúan un pronunciamiento en este sentido en el expediente y no simplemente se limitan a redactar el proyecto maliciosamente.

En cuanto a las restantes licencias urbanísticas referidas en dicho artículo, estas son otorgadas normalmente por el alcalde o por la junta de gobierno local en caso de delegación. La competencia y el procedimiento serán los de la legislación de régimen local, con las especialidades sobre la materia previstas en el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, su Reglamento y la normativa urbanística municipal. Este texto refundido, de conformidad con los artículos 188 núms. 2 y 5.2, recuerda que nunca se pueden adquirir por la vía del silencio positivo previsto en la normativa de procedimiento administrativo facultades urbanísticas que

sean contrarias al texto mismo o al planeamiento urbanístico. Por tanto, nunca se puede considerar ajustada a derecho la facultad urbanística otorgada por esta vía cuando sea contraria a la normativa urbanística.

A efectos penales, el silencio positivo, al favorecer la creencia en el peticionario de que no ha obtenido una resolución expresa, pero de que ha obtenido la autorización presunta para llevar a cabo las construcciones o edificaciones, podría amparar el error de derecho del particular peticionario al basarse en la licencia obtenida por silencio positivo aunque esta fuera contraria al ordenamiento urbanístico, a efectos de la aplicación del artículo 319 del Código Penal, que sanciona los supuestos de delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo cometidos por particulares. Distinta sería la responsabilidad de la autoridad y funcionario público que, de modo malicioso, decide provocar la situación del silencio en sentido positivo para que el promotor particular se ampare en aquel para realizar las obras contrarias a la normativa urbanística. En este supuesto entendemos que, al tener el silencio un sentido positivo como si fuera una resolución y producir los efectos mencionados, podría aquel incurrir en el delito de la prevaricación urbanística y también podría ser considerado cooperador necesario del delito del artículo 319 del Código Penal, en caso de tratarse de las edificaciones y construcciones que se prevén. Igualmente, en caso de producirse las obras ilegales amparadas en la licencia otorgada por silencio administrativo, los responsables de la Administración local, si no realizan las acciones encaminadas a restablecer la legalidad urbanística, como la revisión de oficio de aquella resolución presunta, la paralización de las obras y la restauración de la realidad alterada, podrían incurrir en el delito de tolerancia administrativa del artículo 319.2 del Código Penal, antes comentado.

Se podría haber aprovechado la reforma del Código Penal de 2010 para incluir alguna referencia a uno de los instrumentos más polémicos utilizados en los últimos años por las Administraciones Públicas, especialmente los ayuntamientos, y que en algunos casos ha podido servir de fundamento de muchas irregularidades urbanísticas: el convenio urbanístico. Aunque no se ha previsto expresamente en la prevaricación urbanística, la firma del convenio o su aprobación administrativa, en caso de reunir los elementos exigidos, podría ser constitutiva de la prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, que sanciona con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de siete a diez años a "la autoridad o funciona-

rio público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo". Esto, aparte de la aprobación de instrumentos o el otorgamiento de licencias derivadas del cumplimiento del convenio, sí podría ser objeto de la prevaricación urbanística. Aprovechando la escasa regulación del convenio urbanístico, y a pesar de la contundencia de la jurisprudencia contencioso-administrativa, es fácil encontrar convenios de todo tipo. En ocasiones, bajo un interés público buscado, inventado o dudoso, se pacta el otorgamiento de licencias contrarias al ordenamiento urbanístico o con cierta urgencia a cambio de prestaciones o cantidades que el particular beneficiario satisfará a la Administración, cuando todo el mundo sabe que las licencias son un acto reglado. Esto también se ha utilizado reiteradamente por parte de ayuntamientos u otras Administraciones para proceder a la venta de su patrimonio público a favor de la otra parte firmante, de forma directa y sin concurrencia pública, y, además, no sería raro que la venta fuera en unas condiciones en que la valoración del patrimonio público no fuera acompañada de ningún informe técnico municipal, o que este estuviera hecho de manera deficiente, provocando un perjuicio económico para la Administración y una ganancia para la entidad particular que adquiere el patrimonio, además de no destinar este patrimonio público a los fines establecidos legalmente. El convenio urbanístico tiene una sombra de sospecha siempre que se detectan ilegalidades en el articulado o en la gestación. El proceso previo a su firma no es nada transparente y queda fuera del procedimiento. Se desconoce quién ha llamado a la puerta de quién y de qué se ha hablado antes de la firma del convenio. En ocasiones, el convenio se esconde, ya no porque no se publica ni se expone al público, lo que exige claramente el texto refundido de la Ley de urbanismo, sino también porque se oculta en el proceso administrativo posterior. Por otra parte, es un instrumento que revela en muchas ocasiones que alguien ha tenido un acceso a la Administración que posiblemente otros no han tenido. Por ejemplo, un cambio de propietario de una finca motiva o excita, casualmente, un interés de la Administración en hacer algo de supuesto interés público, por lo que esta tiene entonces la voluntad de comprarla por medio del convenio urbanístico. La forma de pago será normalmente a través de este instrumento con la cesión de patrimonio público que, a buen seguro, interesa a la promotora titular de la finca, compromiso de cesión de un patrimonio público que, en ocasiones, el Ayuntamiento realmente aún

no ha obtenido, pero que prevé recibir como cesión obligatoria en un determinado sector de suelo urbanizable no desarrollado.

Este delito de prevaricación urbanística del artículo 320 del Código Penal exige que la autoridad o funcionario dicte la resolución, especialmente en casos de licencias urbanísticas cuando se ostenta legalmente o por delegación esta facultad, o bien cuando se vota a favor de la resolución injusta, tanto en casos de licencias urbanísticas como en los instrumentos de planeamiento y gestión referidos en el precepto. Por tanto, quien no vota a favor no tendrá ninguna responsabilidad penal en estos casos, aunque con la abstención se facilite la adopción del acuerdo injusto, ya que el autor debe votar a favor. Ahora bien, la votación a favor para que sea constitutiva de delito deberá servir para aprobar la resolución injusta, por lo que no será delictiva cuando se vota a favor de la resolución injusta y esta no se acaba aprobando por el órgano colegiado. No es necesario que la resolución manifiestamente injusta llegue a ejecutarse y que, por tanto, se produzca una transformación efectiva del suelo, sino que es suficiente para consumir el delito con que se apruebe alguno de los instrumentos y licencias referidos en el precepto.

4. La responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos en los delitos contra el medio ambiente

Como se ha comentado antes, la estructura del artículo 320 del Código Penal actualmente es prácticamente la misma que la del artículo 329, que establece la responsabilidad penal de autoridades y funcionarios en materia medioambiental. Como sucede con el ámbito del urbanismo, las investigaciones penales normalmente van dirigidas a averiguar actos de contaminación realizados por empresas o particulares que pueden suponer un riesgo grave para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas, previstos principalmente en los artículos 325, 326 o 328 del Código Penal. Podemos pensar en el supuesto del vertido de residuos efectuado por industrias en los cauces de los ríos, o sus emisiones atmosféricas, o igualmente cuando se trata de depósitos de residuos tóxicos o peligrosos. Tampoco podemos olvidar la problemática creciente de las molestias por ruidos, producidas a los vecinos por las actividades clasificadas, y que impiden su descanso. En todos estos casos se trata normalmente de actividades económicas sus-

ceptibles de producir efectos negativos de carácter ambiental, y que necesitan para su funcionamiento una licencia ambiental.

Así lo dispone igualmente la Ley catalana 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, que sustituye a la anterior de 1998, aparte de la aplicación de las normas de carácter sectorial.

En el curso de las investigaciones penales abiertas debido a los actos contaminantes, siempre se conocerá qué ha hecho la Administración competente, ya sea autonómica o local, a fin de controlar la actividad y hacer que esta se ajuste a los parámetros administrativos admitidos. Este control previo se expresará en el llamado expediente de autorización o licencia ambiental, donde ante una petición del interesado de llevar a cabo una actividad con un determinado proyecto técnico, la Administración, en base a los informes preceptivos de carácter jurídico y técnico, deberá valorar si esa actividad se puede desarrollar donde se quiere llevar a cabo (aspecto urbanístico relevante en materia ambiental) y si se respetan los requisitos exigidos por la distinta normativa sectorial, a fin de no generar un riesgo ambiental no aceptado, especialmente en materia de vertidos y emisiones. Por esta razón, será muy importante que la Administración tenga una información completa y fiel de lo que se quiere construir y de la actividad real que se llevará a cabo. Del mismo modo, el acta de control inicial está destinada a asegurar que la industria no genere problemas ambientales no admitidos por la normativa urbanística ambiental en sus distintas vertientes. Por otra parte, la Administración no acabará aquí su función de velar por el respeto al medio ambiente, ya que de oficio o a petición de interesado deberá hacer los seguimientos pertinentes e instar las correcciones necesarias para que no se generen situaciones de riesgo contrarias a la normativa ambiental, por lo que cuenta con herramientas fiscalizadoras que pueden llegar a suponer incluso la paralización inmediata de la actividad.

Pues bien, una vez reconocida la importancia de una actuación correcta y eficaz de la Administración en esas fases, la realidad nos demuestra, como ocurría al referirnos al ámbito urbanístico, que no será extraño que detrás de unos actos contaminantes denunciados como presuntamente delictivos descubramos una actuación administrativa muy deficiente o, incluso, inexistente, a pesar de conocer aquella la situación peligrosa y contraria a derecho. Nuevamente las deficiencias en el funcionamiento de la Administración en este caso han provo-

cado que el legislador haya previsto esta sanción específica para las autoridades y funcionarios públicos en los delitos contra el medio ambiente, posiblemente confiando en que, introduciendo una regulación como la que veremos en el artículo 329 del Código Penal, aquellos actuarán de otra manera en el futuro. El Tribunal Supremo, en la sentencia 449/03, de 24 de mayo, considera que la responsabilidad penal en materia de delitos contra el medio ambiente debe extenderse no únicamente a los causantes o titulares de la fuente de contaminación, sino también a los administradores públicos, a los que debe exigirse un cumplimiento escrupuloso de sus responsabilidades, a pesar de reconocer que hay que dejar en sus manos una cierta discrecionalidad técnica para conjugar políticas de desarrollo sostenible con la promoción de fuentes de creación de actividad económica. Se añade en esta resolución que con estos delitos se produce un daño, consistente en la ruptura de la confianza y credibilidad que los ciudadanos dan a las instituciones públicas, porque, como responsables que son del respeto de la legalidad, son las primeras obligadas a ello, y nada consolida mejor el Estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan legalmente y en que, si alguien pertenece a estas se aparta de la ley, recibirá la adecuada sanción que restablezca la confianza rota.

La actuación que se supone de la Administración está muy presente en la regulación de la sanción del delito básico contra el medio ambiente del artículo 325 del Código Penal. Quien realiza este delito (por ejemplo, la contaminación grave) tendrá una pena notablemente superior si se dan algunos de los supuestos agravados que aparecen en el artículo 326 del propio Código, donde en los cuatro primeros apartados la relación infractor medioambiental-Administración determina una mayor repulsa de la acción, que justifica el aumento de la pena. Estos supuestos son: la falta de autorización o aprobación de las instalaciones; desobedecer las órdenes expresas de la autoridad de corrección o suspensión de la actividad delictiva; haber falseado u ocultado aspectos ambientales de aquella, o haber obstaculizado la labor inspectora de la Administración.

La pena prevista para los delitos incluidos en el artículo 329 es la inhabilitación para empleo o cargo público, que puede ir de siete a diez años, por la remisión que también hace el artículo a la pena de la prevaricación genérica prevista en el artículo 404, y, además, la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses.

Dado que la descripción de las acciones constitutivas de delito en el artículo 329 del Código Penal es prácticamente idéntica a la del comentado artículo 320 del mismo Código, seguiremos también el comentario de cada delito de forma separada, bajo los apartados: el informe favorable; la tolerancia administrativa, y la resolución favorable. Añadiremos un apartado final para tratar de la Administración contaminante en Cataluña y su problemática.

4.1. El informe favorable

El artículo 329 del Código Penal sanciona:

“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, [...]”.

Como ocurría en el artículo 320.1 antes referido, se prevé también un delito de informar favorablemente el otorgamiento de licencias manifiestamente contrarias a la normativa administrativa, que permitan las actividades contaminantes que prevén los artículos 325 y 328 del Código Penal. Por tanto, se trata de un delito eminentemente doloso, y quien informa debe saber que lo hace favorablemente y que, de acuerdo con la normativa administrativa que infringe clara y conscientemente, debería haber hecho un informe en sentido contrario al emitido.

El artículo hace referencia al informe favorable de licencias manifiestamente ilegales, por lo que la contradicción con el derecho puede ser de cualquier norma administrativa, ambiental o no, que impida en ese caso la concesión de esa autorización de la actividad clasificada. La actividad a autorizar, que es definida como industria o actividad contaminante, deberá ser alguna de las relacionadas con los artículos 325 y 328 del Código Penal; por tanto, serán las que pueden producir vertidos, emisiones, aterramientos, depósitos, ruidos o vibraciones susceptibles de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o de poner en grave riesgo la salud de las personas. Debe tenerse en cuenta que, con la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, se han añadido también las actividades susceptibles de perjudicar el medio ambiente introducidas por esta reforma, en los números 2 y 3 del artículo 328 del Código. Estas son: la explotación de instalaciones en las que se realicen actividades

peligrosas, o las labores de recogida, transporte, valorización, eliminación o aprovechamiento de residuos, siempre que supongan la creación de un riesgo grave ambiental o para la salud humana.

Uno de los aspectos relevantes en las licencias ambientales, es el relativo a la comprobación de que la industria que debe autorizarse se situará en un lugar donde la normativa urbanística permita su implantación, por lo que será importante en estos casos un informe relativo a esta cuestión en el expediente, que se manifestará normalmente con una certificación municipal de compatibilidad urbanística que se acompañará con la solicitud de la licencia de actividades. La ubicación de la actividad y su adecuación al ordenamiento urbanístico tienen una gran importancia en la práctica, ya que el planeamiento general tiene la finalidad teórica de determinar dónde deben situarse las posibles industrias en un territorio, del modo menos molesto para los ciudadanos y con respeto a los recursos naturales. Es el planificador quien debe determinar dónde se sitúan las actividades clasificadas, no un acuerdo expreso o tácito entre un particular y un responsable municipal. Por tanto, el informe favorable hecho desconociendo de manera intencionada la normativa urbanística, para que se otorgue la licencia de actividades a desarrollar en unos terrenos donde no es posible, supondrá la comisión de este delito. Precisamente, el artículo 60 de la Ley catalana 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, prevé la emisión de un informe urbanístico en los expedientes de autorización o licencia ambiental destinados a valorar este importante aspecto, dejando claro que, si este informe es desfavorable, el órgano ambiental que debe resolver dictará una resolución que ponga fin al procedimiento y archive las actuaciones.

Es habitual que, si se pide la licencia de actividades, paralelamente o después se pida una licencia municipal de obras para construir la edificación que acogerá la industria o su ampliación. Para evitar situaciones contradictorias y construcciones realizadas sin una finalidad admisible, el artículo 77.3 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, que aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, establece claramente que no debe otorgarse una licencia de obras sin la concesión previa o simultánea de la licencia municipal de actividades, precepto este que es objeto de infracción en muchas ocasiones, como demuestra la experiencia en la investigación de estos delitos. No respetar la normativa urbanística a la hora de autorizar la actividad clasificada muchas veces suele

ser el paso previo a la comisión de los delitos de los artículos 325 y 328 del Código Penal. Autorizar ciertas industrias contaminantes en mitad de la zona no urbanizable o justo al lado de las zonas residenciales, es favorecer la comisión de estos delitos, y las causas penales abiertas lo demuestran.

El informe, como ocurría en el delito sobre la ordenación del territorio, debe ser favorable a la concesión de la licencia. Queda fuera de este delito, pues, el informe desfavorable, aunque sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico y lo conozca perfectamente quien lo hace. Tampoco es necesario que la actividad llegue a autorizarse gracias a este informe injusto. Además, el mismo puede ser contrario a derecho por infringir aspectos esenciales de procedimiento, de competencia, o aspectos materiales o de fondo exigidos por la legislación.

La citada Ley catalana de prevención y control ambiental de las actividades, en los distintos procedimientos previstos para obtener las diferentes modalidades de resoluciones ambientales necesarias para el ejercicio de la actividad susceptible de afectar al medio ambiente, establece la necesidad de cumplir determinados trámites previos. Según la modalidad, se prevén resoluciones preliminares e informes previos al dictado de la resolución final. Así encontramos, por ejemplo, resoluciones administrativas dictadas por el órgano autonómico llamado Ponencia Ambiental, que resuelven la consulta sobre si la actividad proyectada necesita o no la declaración de impacto ambiental según su posible repercusión ambiental, lo que determinará unos trámites u otros. También corresponde a esta Ponencia o los organismos comarcales de apoyo de la misma, llamados Oficinas de Gestión Ambiental Unificada (OGAU), resolver sobre la idoneidad del proyecto ambiental presentado por los promotores del proyecto, y si de manera motivada y previa audiencia de la parte interesada resuelve en el sentido de que no es idóneo o es insuficiente el proyecto de actividad presentado, esta resolución pondrá fin al procedimiento. Por tanto, desde la perspectiva penal, nos encontramos en este caso ante resoluciones administrativas y no informes, a los efectos de lo dispuesto en el delito de informe favorable del artículo 329 del Código Penal.

En el Anexo VI de aquella Ley se establecen las actividades que necesitan un informe preceptivo en materia de medio ambiente, que debe obtenerse de la Administración hidráulica cuando conllevan vertidos directos o indirectos a las aguas subterráneas, directos a las aguas superficiales o el dominio marítimo y terres-

tre, y vertidos no domésticos a sistemas de saneamiento a cargo de esta Administración. También se prevén en este Anexo los supuestos en que se necesitan informes previos de la Administración en materia de residuos y de protección del ambiente atmosférico. Estos informes y los emitidos por los órganos competentes en materia de prevención de incendios forestales (actividades proyectadas situadas a menos de quinientos metros de masas forestales o municipios declarados de alto riesgo de incendio forestal) según la Ley tienen siempre carácter vinculante si son desfavorables o imponen condiciones. Igualmente se prevé el informe del Ayuntamiento en los aspectos ambientales del proyecto respecto de los que tenga competencia, con la particularidad de que las determinaciones de este informe se incorporarán a la autorización ambiental.

4.2. La tolerancia administrativa

El artículo 329.1 del Código Penal incluye también esta acción delictiva:

“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, [...] con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio [...]”.

Todo lo expuesto en el apartado del delito de la tolerancia administrativa sobre la ordenación del territorio, es aplicable *mutatis mutandis* en este punto, ya que la acción está descrita casi de la misma manera. Este delito no exige que la industria o la actividad contaminante referida en los artículos 325 o 328 del Código Penal haya cometido un delito contra el medio ambiente, para que la autoridad o funcionario público puedan incurrir en este delito de tolerancia administrativa. Tan solo se necesita que por parte de la actividad susceptible de poner en riesgo la salud humana o el medio ambiente se produzca una infracción de las leyes o disposiciones de carácter general que la regulan, por lo que no se exige que sea constitutiva de delito. Ante esta situación de infracción se producirá la consiguiente situación de pasividad intencionada. Quien omite y tolera debe tener conocimiento de la situación, y debe tener una posición de garante, como persona que puede iniciar, llevar adelante el procedimiento, decidir la tramitación o el impulso de las sanciones, o adoptar las medidas cautelares y correctoras. El autor decide no actuar y permitir la infracción medioambien-

tal que conoce, cuando tiene la obligación de hacer todo lo contrario en atención a su responsabilidad pública.

La referida Ley de prevención y control ambiental catalana prevé el régimen de control de las actividades susceptibles de tener una incidencia ambiental, y fomenta el principio del autocontrol por parte de quien desarrolla la actividad. Se prevé un control inicial de la actividad con un periodo de prueba o puesta en marcha, a fin de comprobar que la misma se ajusta a las condiciones ambientales establecidas en la autorización o licencia ambiental, y, en caso de ser favorable esta supervisión, ello implicará que la actividad estará legalmente habilitada para llevarse a cabo. Este control es de gran importancia, y no es raro en las investigaciones penales encontrar supuestos en que una industria contaminante, susceptible de provocar un delito ambiental, no lo haya llegado a pasar nunca, desarrollando la actividad durante años y teniendo la correspondiente licencia ambiental otorgada, pero sin que se haya realizado la comprobación preceptiva del cumplimiento de las medidas impuestas, lo que si se hubiera hecho habría evitado con total seguridad el problema ambiental penal denunciado. Por tanto, en estos supuestos existirá un incumplimiento por parte de los funcionarios o autoridades obligados a que el control se realice, que puede suponer, cuando estos lo conozcan, la comisión del delito, al haberse omitido una inspección de carácter obligatorio. Hay que tener en cuenta también que la Ley prevé que el control inicial lo pueda realizar, en la mayoría de los casos, una entidad privada contratada por la propia empresa titular de la actividad objeto del control; estas entidades se denominan entidades colaboradoras de la Administración (reguladas a través del Decreto 267/2003, por el que se aprueba el Reglamento de las entidades de control ambiental). Esta labor relevante ha sido delegada legalmente en estas empresas particulares, que han obtenido una genérica autorización específica para llevarla a cabo. A efectos del delito, dado el carácter tan genérico de la autorización administrativa obtenida por las entidades mencionadas para realizar esa función pública, y el hecho de que el encargo para realizar el control ambiental lo recibirán de las empresas o industrias particulares, hace que, de conformidad con el artículo 24 del Código Penal, no sea posible considerar que los técnicos de estas empresas colaboradoras puedan tener la consideración de funcionario público a efectos penales, aunque la labor que realizan está legalmente prevista en la Ley y tiene una gran trascen-

dencia pública. Esta cuestión tiene importancia porque los técnicos de estas entidades colaboradoras, al llevar a cabo la labor inspectora, pueden ocultar transgresiones ambientales en la fase de control previo o en los controles posteriores preceptivos que hagan a la actividad clasificada. Si por parte de estos técnicos particulares se informa favorablemente el control inicial o no se ponen de manifiesto las deficiencias detectadas, la Administración ambiental, probablemente, no conocerá las deficiencias a corregir, y, por tanto, los responsables públicos de llevar a cabo las actuaciones coercitivas necesarias para reconducir la situación, evitar los riesgos y sancionar, no estarán en condiciones de hacerlo. Se podría entender que el documento emitido por el técnico particular, al certificarse algo incierto, es decir, que la actividad funciona correctamente, es falso, ya que no recoge la verdad y se trata de un documento que, aunque emitido por un particular, podría ser considerado por la teoría de la incorporación como un documento oficial, ya que su confección únicamente sirve para dar traslado a la Administración e incorporarse a un expediente. Sin embargo, la posibilidad de considerar la falsedad del técnico particular como delito choca con el hecho de que se tratará normalmente de una falsedad de tipo ideológico (redactar o reflejar hechos o datos inciertos), y este tipo de falsedades tan solo se sanciona penalmente cuando es realizada por una autoridad o funcionario (artículo 392 del Código Penal).

Por su parte, la Ley de prevención y control catalana establece que la función inspectora, sin perjuicio de lo que pueda establecer la normativa ambiental sectorial, corresponderá al organismo correspondiente del Departamento que sea competente en materia de Medio Ambiente de la Generalitat (actualmente la Dirección General de Calidad Ambiental) y el Ayuntamiento, según sus respectivas competencias. Por tanto, serán las autoridades o funcionarios de estos los que podrán realizar una inspección de las actividades en cualquier momento que crean oportuno, al margen de los controles iniciales y periódicos, de las revisiones de las autorizaciones o licencias ambientales, y de la función inspectora atribuida a otros entes públicos por la normativa sectorial. Se otorga por parte de esta Ley el carácter de agente de la autoridad al personal que realiza la labor inspectora. Además, los titulares de las actividades a inspeccionar deberán facilitar la tarea al personal habilitado por la Administración para la actividad inspectora. En la regulación del procedimiento a seguir en caso de detectar una infrac-

ción, se prevén en esta Ley medidas cautelares para evitar la continuación de riesgo, restaurar las cosas a la situación anterior a la infracción, determinar la indemnización de daños y perjuicios de conformidad con la legislación de responsabilidad ambiental, además de la imposición de la sanción pertinente, y multas coercitivas en caso de incumplimiento de las órdenes administrativas de restauración o prevención que se acuerden. Por tanto, como ocurría con la tolerancia administrativa en materia de urbanismo, la conducta delictiva de la autoridad o funcionario consistirá en conocer de alguna manera las infracciones ambientales y no hacer absolutamente nada (no llevar a cabo las inspecciones obligatorias), o bien silenciar la infracción que conoce debido a las inspecciones previas que se hayan realizado, que entendemos que tanto pueden ser realizadas por la propia Administración como por una entidad colaboradora de la Administración que da traslado de la información a esta. En este caso del silencio estaremos ante un delito cuando, conocida la infracción ambiental, siempre de una manera intencionada, no se haya hecho nada para sancionar o evitar el riesgo ambiental generado por la infracción, o se hayan adoptado una o varias resoluciones pero como una simple apariencia, sin voluntad real de que se cumpla la normativa ambiental y de que se reconduzca la situación.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse algunas veces sobre este delito. En la STS 1091/06, de 19 de octubre, sanciona al alcalde que resulta acreditado que conoce la infracción por molestias por ruido a los vecinos de su término municipal, y decide enviar a agentes de la Policía local para tomar muestras con aparatos para medirlo que eran inútiles, para favorecer un archivo del expediente administrativo contra la empresa infractora. De este modo el Tribunal entiende que el alcalde se puso de parte de una industria contaminante y en contra de los intereses de los ciudadanos afectados, sabiendo o conociendo perfectamente que de esa manera infringía la legalidad que regulaba el ruido. En la STS 449/03, de 24 de mayo, se sanciona de la misma manera a un alcalde, ya que ni él personalmente ni ninguno de los equipos técnicos municipales que presidía realizaron inspecciones en las instalaciones de la granja contaminante, y se afirma que esta forma de comportarse lleva implícita la afirmación de que la instalación era conocida por el Ayuntamiento, y de que nadie actuó de conformidad con las exigencias legales, ocasionando esta conducta omisiva un daño al medio ambiente.

4.3. La resolución favorable

El artículo 329.2 sanciona:

“[...] a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

Nos encontramos ante la llamada prevaricación medioambiental, que coincide plenamente, en cuanto a la descripción de la acción, con la prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal, referida antes, por lo que nos remitimos a lo que se ha expuesto al tratar esta. Se sanciona aquí el hecho de resolver o votar a favor de la concesión de una licencia manifiestamente ilegal, que permita el funcionamiento de las actividades susceptibles de provocar un riesgo para el medio ambiente o para la salud humana que prevén los artículos 325 y 328 del Código Penal. La resolución o el voto a favor deberá hacerse sabiendo que dicha licencia no respeta de modo manifiesto el ordenamiento jurídico, ya que se ha infringido este por no seguir algún trámite preceptivo, por falta de competencia o por no respetar las razones de fondo necesarias para obtener esa autorización.

La citada Ley catalana de prevención y control ambiental de las actividades prevé un sistema de autorizaciones o licencias ambientales a obtener, con su respectivo procedimiento diferenciado, según la mayor o menor incidencia ambiental que tenga a priori la actividad objeto de la autorización. Se trata de una autorización limitada a los aspectos ambientales, y las actividades están ordenadas en distintas categorías enumeradas en los anexos I a IV de la Ley según su repercusión sobre el medio ambiente, lo que determinará el tipo de autorización a obtener y el procedimiento a seguir. Nos encontramos con las autorizaciones ambientales y las declaraciones de impacto ambiental, que deben ser resueltas por el Departamento de la Generalitat competente en esa materia, y afectan a las actividades productivas que pueden tener una incidencia importante sobre el medio ambiente. También se contemplan las licencias ambientales, que son de competencia municipal, y que afectan a las otras actividades que deben tener un control previo debido a su posible incidencia medioambiental. En estas autorizaciones y licencias intervienen los organismos competentes según la normativa sectorial, que deberán emitir los informes preceptivos y exigidos por la normativa, que tendrán carácter vinculante cuando sean desfavorables. Por otra parte, en las licencias ambientales de

competencia municipal se prevé la intervención de dichas OGAU, de ámbito comarcal, que deben emitir los informes preceptivos. A la vista del procedimiento previsto y de la participación de organismos pertenecientes a distintas Administraciones, algunos de los mismos mucho más alejados de la persona o empresa interesada en obtener la licencia que quien debe resolver, la adopción de una resolución favorable contraria a la normativa ambiental será mucho más difícil en estos casos, o, en caso de que se adopte, quedará más clara su intencionalidad delictiva, por la presencia probable de informes contrarios al otorgamiento de la licencia.

Además de las autorizaciones y licencias ambientales, se prevé en la repetida Ley el régimen de las denominadas comunicaciones ambientales para las actividades previstas en el Anexo III. En este caso no se dicta resolución expresa del Ayuntamiento, sino que el interesado en llevar a cabo la actividad debe adjuntar la documentación técnica exigida en la comunicación, y ya podrá iniciar el ejercicio de la misma, bajo la responsabilidad de las personas titulares o técnicas que hayan entregado las certificaciones, mediciones, análisis y documentos técnicos acreditativos del cumplimiento de los aspectos ambientales.

No se prevé en la Ley un régimen de silencio de carácter positivo, como ocurría con la licencia urbanística, ya que, si la Administración no resuelve la petición en los plazos establecidos, el interesado debe entender desestimada su pretensión, por lo que ya no se plantea en este caso la posibilidad de la comisión del delito a través de la comisión por omisión.

La posición de garante que tiene la Administración en los casos de autorización ilegal de las actividades clasificadas, podría llegar a suponer una forma de participación de los responsables públicos que votaron a su favor o que resolvieron otorgar aquella, en el delito contra el medio ambiente que se pudiera generar por la empresa o particular que hubiera obtenido la licencia ilegal. Podemos pensar en el caso de una empresa que consigue una autorización para verter al cauce público sus aguas residuales industriales, por encima de los límites legalmente permitidos. Si, debido a esta autorización contraria a derecho, se genera por la empresa autorizada un riesgo para el ecosistema o para la salud humana, está claro que quienes han otorgado la autorización o han informado a su favor, sabiendo de su injusticia, podrán incurrir no solo en el correspondiente delito del artículo 329 del Código Penal, sino también en el delito contra el medio ambiente de con-

taminación grave previsto en el artículo 325. La STS 1073/03, de 25 de mayo, así lo recoge, y afirma que si debido a una decisión prevaricadora, que tiene entidad propia e independiente, se da vía libre a otro comportamiento que incide, de manera directa y autónoma, sobre otro bien jurídico protegido como es el medio ambiente, entonces será posible aislar dos modalidades delictivas distintas, y se podrá afirmar que se ha prevaricado y, además, se ha ocasionado un daño al medio ambiente que, de otro modo, no se hubiera causado.

4.4. La Administración contaminante

El artículo 325 del Código Penal recoge el delito básico contra el medio ambiente de la manera siguiente:

“Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

En la mayoría de los casos objeto de investigación por esta infracción, que es la más habitual dentro de los delitos contra el medio ambiente, el responsable penal será una persona o empresa particular. De alguna manera, en estos supuestos, el preceptivo control administrativo destinado a tutelar el medio ambiente aparecerá con el control previo de la autorización administrativa, y también con el control posterior por medio del procedimiento sancionador de adopción de las medidas cautelares y los actos administrativos destinados a evitar la situación peligrosa, restituyendo las cosas al estado anterior.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 45.2 de la Constitución española dispone que los poderes públicos deben defender y restaurar el medio ambiente, y velar por la utilización racional de los recursos naturales, y de que el número 3 del mismo artículo establece

que para quienes lo infrinjan se establecerán por parte del legislador sanciones penales o administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, puede ocurrir que, cuando quien contamina es directamente la propia Administración Pública, esta llegue a olvidar estas normas tan elementales, y el obligado control y respeto del medio ambiente quede sustituido por una tolerancia administrativa con una cobertura legal buscada, aunque simplemente formal y aparente.

Este es el caso de las aguas residuales urbanas en algunos municipios de Cataluña, que, a pesar de la abundancia de normativa administrativa europea y estatal que obliga a su adecuado tratamiento, se vierten directamente al cauce público, provocando situaciones de riesgo grave para el medio ambiente.

La disposición transitoria cuarta incorporada a la Ley del Parlamento de Cataluña de medidas fiscales y financieras 16/2008, de 23 de diciembre, establece que el vertido de aguas residuales cuya depuración haya sido asumida por la Agencia Catalana del Agua (ACA) a través de su inclusión en el Programa de Saneamiento de Aguas Residuales Urbanas (PSARU), aprobado por acuerdo del Gobierno de la Generalitat de 20 de junio de 2006, queda autorizado en las condiciones en que se encuentre al entrar en vigor esa Ley, cualquiera que sea su alcance ambiental, y tan solo se prevé una autorización de vertido en los casos en que exista un incremento de carga contaminante por un desarrollo urbanístico no previsto en el PSARU. Esta norma ha supuesto que algunos ayuntamientos infractores se amparen en ella, injustificadamente, para no hacer nada por evitar la grave situación de vertidos existente en su territorio, alegando ante una posible investigación penal que la situación es conocida, pero que su solución está prevista dentro del PSARU. Por otra parte, los expedientes administrativos por infracción ambiental debida a la contaminación por aguas residuales municipales, que había abierto la ACA contra algunos ayuntamientos por este tipo de vertidos incontrolados y peligrosos, fueron directamente archivados con la entrada en vigor de esa peculiar disposición transitoria. Sin embargo, la posible responsabilidad penal de quienes, dentro del Ayuntamiento, conocen la situación y están obligados a evitar el riesgo grave ambiental no desaparece a pesar de aquella norma, porque la legislación básica estatal y la distribución competencial en materia de medio ambiente entre el Estado y las comunidades autónomas permiten a estas dictar normas adicionales de

protección, pero no limitar las dictadas por el Estado o la Unión Europea. Y en este sentido toda esta normativa obliga a evitar la contaminación y a controlarla y no a autorizarla de un modo genérico. Por ejemplo, la Ley estatal de aguas aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2001 y modificada parcialmente por la Ley 62/2003 prohíbe expresamente la contaminación de las aguas continentales, y cualquier actividad que pueda suponer una degradación del dominio público hidráulico. Además, exige que todo vertido deba tener una autorización específica, no genérica, donde deberán determinarse las instalaciones de depuración, los límites de vertido a respetar y los medios para controlar el funcionamiento de aquellas. Todo ello sin olvidar la vigencia del Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas, y el Reglamento que lo desarrolla, que obligan a los municipios a adoptar medidas para evitar la contaminación por las aguas residuales urbanas. La obligación de los responsables municipales de impedir la contaminación en estos casos se recoge en las normas ambientales de directa aplicación a Cataluña, y, además, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (artículos 25.2, 26 y 86.3), el texto refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña (Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre), o el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (artículos 66, 67 y 68).

La sentencia del Tribunal Supremo 45/2007, de 29 de enero, rehusó los argumentos con pretensión exculpatoria del alcalde de una población del Vallés Oriental, condenado por un delito contra el medio ambiente por tolerar los vertidos de las aguas residuales urbanas de su municipio, de manera constante y conocida, al cauce público, y que pretendía trasladar la responsabilidad de los hechos a la ACA. El Tribunal confirmó la condena del alcalde, y consideró que había infringido con su omisión o pasividad las disposiciones de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local que le otorgaban la posición de garante de la protección del medio ambiente y la salud pública en el ámbito territorial de su término municipal, al no haber impedido durante mucho tiempo, pudiendo hacerlo, unos vertidos de aguas residuales urbanas fecales que iban a parar directamente a un torrente público, a pesar de tener el deber de controlar esta fuente de peligro según la normativa administrativa.

Bibliografía

AA. VV., *Corrupción y urbanismo*, Cuadernos Penales Jose María Lidón 5, Deusto Publicaciones, 2008.

ALCALDE SÁNCHEZ, María, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Editorial Bosch, 2011.

PELEGRÍN LÓPEZ, Antoni, "La actuación de la Administración y su incidencia sobre los tipos penales protec-

tores de la ordenación del territorio y del medio ambiente", en CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, Colección "Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal", vol. I, año 2000.

PELEGRÍN LÓPEZ, Antoni, "Los delitos urbanísticos y la actividad notarial", en AA. VV., *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*, Thomson-Civitas, 2007. ■

33_{QDL}

Jurisprudencia

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de régimen local*

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Magistrado del Tribunal Supremo

1. **Introducción: la contribución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo a la idea de gobernanza local**
2. **La participación activa de los ciudadanos en la toma de decisiones del Gobierno local: STS de 15 de noviembre de 2012 (RCA 546/2010)**
3. **La sujeción de los Gobiernos locales al principio de legalidad constitucional: STS de 14 de febrero de 2013 (RC 4118/2011)**
4. **La legitimidad del Gobierno local con fundamento en el ejercicio de sus competencias al servicio de los intereses de la colectividad local: STS de 11 de febrero de 2013 (RC 4490/2007)**
5. **Los deberes de cooperación y colaboración con la Administración del Estado y con la Comunidad Autónoma: A) STS de 12 de diciembre de 2012 (RC 1585/2010); B) STS de 4 de diciembre de 2012 (RC 4983/2011)**
6. **La responsabilidad del Gobierno local en la financiación de sus actividades: A) STS de 10 de diciembre de 2012 (RC 1807/2010); B) STS de 11 de marzo de 2013 (RC 6826/2009)**
7. **Epílogo: apuntes críticos sobre la sostenibilidad del Gobierno local**

Resumen

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha formulado una serie de directrices jurisprudenciales, que han contribuido a hacer aflorar la idea de gobernanza local como paradigma de actuación de los Gobiernos locales.

El desarrollo de la participación inclusiva de los ciudadanos en la toma de decisiones del Gobierno local, la estricta sujeción de los Ayuntamientos al principio de legalidad y la gestión responsable de las competencias municipales al servicio de los intereses de la colectividad local, nutren la institucionalización del buen gobierno local.

Palabras clave: *Tribunal Supremo; gobernanza local; participación ciudadana; legitimidad democrática del Gobierno local.*

* Ponencia presentada en el séptimo seminario del *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda 2013*, organizado desde la Diputación de Barcelona en colaboración con la Escuela de Administración Pública de Cataluña y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y celebrado en Barcelona, el 12 de julio de 2013.

The case-law of the Spanish Supreme Court on local law

Abstract

The Administrative-Contentious Chamber of the Spanish Supreme Court contains several directives in its case-law that have contributed to the emergence of the notion of local governance as a paradigm of the action of local governments.

The institutionalization of the good local government is based on the following elements: the development of the inclusive participation of citizens in the decision-making processes; the strict adherence of municipalities to the rule of law; and the responsible management of the municipal competences which should serve the interests of the local community.

Keywords: Spanish Supreme Court; local governance; citizens' participation; democratic legitimacy of local governments.

1. Introducción: la contribución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo a la idea de gobernanza local

La idea de gobernanza local alude a una concepción integral del desarrollo institucional del gobierno local requerido para potenciar las competencias, capacidades y responsabilidad política de los electos locales en la gestión municipal, y para impulsar las legítimas aspiraciones de participación de los ciudadanos en la vida pública, así como para satisfacer plenamente las necesidades socio-económicas de la colectividad local, mediante una adecuada prestación de los servicios públicos de interés general.

La gobernanza local evoca una determinada forma de gobierno local, que se sustenta en la pretensión de lograr un equilibrio armónico entre el poder público, la sociedad civil y los agentes económicos, que favorezca el desarrollo político, económico y social de todos los habitantes del municipio.

La introducción de los postulados y paradigmas inscritos en las nociones de "democracia participativa", "democracia informada", "democracia territorializada" y "democracia vigilante", en la configuración, organización y funcionamiento de los Ayuntamientos, es la base que conforma el sustrato ideológico de la "gobernanza local", que aspira a transformar las estructuras del Gobierno local y movilizar la colectividad local para consolidar un espacio público colectivo regido por los valores de libertad e igualdad.

La gobernanza local constituye un factor básico de legitimación política y social del Gobierno local, porque, como ha puesto de relieve el profesor Luciano Parejo Alfonso, cabe resaltar la importancia de la Ad-

ministración local para la realización del principio democrático en que se fundamenta la acción institucional del Estado como un todo, orientada a promover el pluralismo político y la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (*vid.* PAREJO ALFONSO, Luciano, "Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio de 2012, págs. 9 y ss.).

Uno de los principios fundamentales que sostienen un sistema de gobernanza inteligente de las instituciones públicas en el siglo XXI es, según advierten Nicolás Berggruen y Nathan Gardens, el principio de distribución del poder político, que implica la necesidad de delegar las funciones de autoridad en estructuras de gobierno y de gestión de los asuntos públicos más participativas, transparentes, eficientes y responsables.

En este sentido, los representantes políticos están obligados a diseñar un sistema sostenible de "buena gobernanza local", que persiga el interés general de la colectividad, proteja al Gobierno local de "las influencias ilegítimas de los grupos de presión", y evite las pulsiones políticas de signo populista.

Las sentencias del Tribunal Supremo que analizamos, dictadas en materia de régimen local en el periodo de julio de 2012 a junio de 2013, han reforzado la idea de gobernanza local como criterio expansivo de interpretación y aplicación de las leyes que disciplinan el régimen local, lo que ha supuesto un control más estricto de la actuación de los Gobiernos y poderes locales.

El Tribunal Supremo ha formulado una serie de directrices jurisprudenciales que evidencian la exigencia de sujeción de los Gobiernos locales al principio de le-

galidad constitucional, sancionando con la declaración de nulidad aquellas actuaciones administrativas de los Ayuntamientos que se caracterizan por exceso, abuso o desviación de poder.

La participación de los ciudadanos en la toma de decisiones del Gobierno local, la sujeción de los Ayuntamientos al principio de legalidad constitucional, que incluye la prohibición de vulnerar los derechos fundamentales y libertades públicas, la legitimidad del Gobierno local con fundamento en el ejercicio de sus competencias al servicio de los intereses de la colectividad local, los deberes de cooperación y colaboración del poder local con la Administración del Estado y con la Administración de la Comunidad Autónoma para hacer más eficiente la prestación de los servicios públicos locales de interés general, son algunas de las directrices jurisprudenciales que afloran en las sentencias que examinamos, que demuestran el compromiso del Tribunal Supremo con la idea de “gobernanza local”.

2. La participación activa de los ciudadanos en la toma de decisiones del Gobierno local: STS de 15 de noviembre de 2012 (RCA 546/2010)

La gobernanza de los Ayuntamientos conforme al principio democrático exige que el Gobierno local esté integrado por representantes elegidos por sus ciudadanos, y que estos puedan participar activamente en la gestión de los asuntos públicos que afectan a la colectividad local.

Las Corporaciones locales se caracterizan como entes representativos de sus respectivas comunidades, lo que requiere que el funcionamiento de los órganos municipales sea plenamente acorde con los paradigmas de buena administración, legitimidad democrática, participación, transparencia y eficiencia, con el objetivo de asegurar que las decisiones del Gobierno local susciten un amplio consenso social por fundarse en la promoción del interés general.

La participación de los ciudadanos en los asuntos públicos de carácter local es un elemento esencial de la configuración y articulación de la democracia local. La participación ciudadana constituye un derecho fundamental reconocido en el artículo 23 de la Constitución, cuya materialización exige la institucionalización en la vida local de procedimientos de deliberación y consulta, que permitan incorporar el resultado de los debates cívicos a las decisiones del Gobierno local.

El profesor Miguel Sánchez Morón exponía ya en 1996 que la gobernabilidad de los Gobiernos locales interesaba a la capacidad para dirigir la Administración local, mediante la adopción de las decisiones oportunas, y también a la controlabilidad de la gestión de quienes tienen la responsabilidad de gobernar. Destacaba este autor la necesidad de que la legislación y la práctica política local garanticen los derechos de las minorías para ejercer su función propia de control y proposición de alternativas, con el fin de asegurar la identificación de las Corporaciones locales como entes representativos de sus respectivas comunidades (*vid.* SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “El sistema político local tras las elecciones de 1995: perspectivas de gobernabilidad y funcionamiento de los Ayuntamientos”, *Anuario del Gobierno Local* 1996, Diputación de Barcelona y Marcial Pons, 1996, págs. 185 y ss.).

La participación ciudadana en los procesos de adopción de decisiones públicas no supone transferir la responsabilidad de los electos locales a los vecinos, sino tratar de incorporar el resultado de las deliberaciones ciudadanas a las políticas públicas que desarrolle el Gobierno local, impulsando un modelo de codecisión (*vid.* NAVARRO GÓMEZ, Carmen y CRIADO GRANDE, Juan Ignacio, “Estudiar las democracias locales desde la perspectiva de los concejales. Democracia y actores políticos en los Ayuntamientos españoles”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 27, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre de 2011, págs. 20 y ss.).

La participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos locales se caracteriza, además, como una “garantía procedimental”, que favorece y refuerza la objetividad y el acierto de la decisión adoptada.

En este sentido, la participación de los ciudadanos en los procedimientos administrativos en el ámbito local responde a una dimensión garantista, en cuanto contribuye a la racionalidad, objetividad y acierto de la decisión adoptada, pero también es un factor de potenciación del principio democrático, que favorece la legitimación social de la actuación administrativa (*vid.* PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 311 y ss.).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de noviembre de 2012, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Castro Urdiales contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 17 de septiembre de 2010, por el que se deniega al referido Ayuntamiento la autorización para celebrar una con-

sulta popular relativa a la construcción de un puerto deportivo en dicho municipio, reconociendo la pretensión formulada de convocatoria y celebración de la consulta, es exponente del compromiso del Alto Tribunal con una interpretación del ordenamiento regulador del régimen local conforme al principio constitucional de democracia local, cuyo enunciado se infiere de los artículos 1.1, 23, 137 y 140 de la Constitución.

El Tribunal Supremo fundamenta su decisión de anular el Acuerdo del Consejo de Ministros, que denegó la autorización para la celebración de una consulta popular, con base en los siguientes argumentos jurídicos:

"[...] El recurso contencioso-administrativo interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CASTRO-URDIALES debe ser estimado, pues consideramos que procede declarar la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de septiembre de 2010, ya que se sustenta en una interpretación excesivamente restrictiva del artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, desvinculada de lo dispuesto en los artículos 23, 137 y 140 de la Constitución, en cuanto que estimamos que identifica indebidamente el concepto de 'asuntos de la competencia propia municipal', a que alude dicha disposición legal, con 'asuntos de la competencia exclusiva del municipio', excluyendo aquellos asuntos en que por atribución de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local o de la legislación sectorial del Estado o de las Comunidades Autónomas, los municipios ejercen competencias relacionadas con la ordenación del espacio físico de su territorio de forma concurrente con otras Administraciones Públicas.

"Al respecto, cabe referir que el Tribunal Constitucional en la sentencia 40/1998, de 14 de febrero, enjuiciando la constitucionalidad de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado, ha subrayado que 'el constituyente ha previsto la coexistencia de títulos competenciales con incidencia en un mismo espacio físico', de aquí que 'venga reiterando que la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siendo esta convergencia posible cuanto, incidiendo sobre el mismo espacio físico, dichas competencias tienen distinto objeto jurídico'.

"En esta misma sentencia constitucional se afirma, en relación con la delimitación de la competencia exclusiva del Estado en materia de puertos de interés general del artículo 149.1.20ª CE, que invoca el Acuerdo del

Consejo de Ministros de 17 de septiembre de 2010 recurrido, que 'debe tenerse en cuenta que la existencia de un puerto estatal implica, necesariamente, una modulación del ejercicio de las competencias autonómicas y municipales sobre la ordenación del territorio y urbanismo, y que no puede quedar al arbitrio de los entes con competencia sobre dichas materias la decisión sobre la concreta ubicación del puerto, su tamaño, los usos de los distintos espacios, etc. Al mismo tiempo, es también claro que la existencia de un puerto estatal no supone la desaparición de cualesquiera otras competencias sobre su espacio físico, ya que mientras que *la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto, la competencia de ordenación del territorio y urbanismo tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial*'.

"En relación con la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de puertos deportivos, a que alude el artículo 148.1.6.ª de la Constitución, también referido en el Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido, para rechazar que se trate de una competencia propia municipal, de la sentencia constitucional 193/1998, de 1 de octubre, se desprende que la 'indudable competencia autonómica' en esta materia no aboca a una desnaturalización de las competencias del Estado o de los municipios en relación con la titularidad demanial o las actividades y servicios náutico-deportivos o comerciales que se desarrollen en el espacio portuario.

"En este sentido, en orden a determinar el alcance de la distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y municipios en materia de puertos deportivos, cabe poner de relieve que en la Ley del Parlamento de Cantabria 5/2004, de 16 de noviembre, por la que se regulan los Puertos de Cantabria, se prevén específicamente los mecanismos de coordinación y cooperación entre la Comunidad Autónoma de Cantabria y los municipios afectados por la construcción de puertos e instalaciones portuarias de titularidad de la Comunidad Autónoma, que comporta la iniciación del procedimiento de revisión o modificación del planeamiento urbanístico, estableciendo la participación del Ayuntamiento antes de la iniciación de las obras de ejecución proyectadas, que deberá emitir un informe, que, en el caso de que fuere desfavorable, aboca la competencia al Gobierno de Cantabria, que resolverá definitivamente.

“El artículo 17.2 de la Ley de Puertos de Cantabria delimita las relaciones entre las prescripciones del Plan de Puertos de Cantabria y los instrumentos de ordenación urbanística municipal, en los siguientes términos:

“‘El Plan de Puertos e Instalaciones Portuarias prevalecerá sobre la ordenación urbanística municipal en los aspectos relativos a la protección del dominio portuario, elección de emplazamiento y sistema de comunicaciones’.

“El alcance de la competencia de los municipios en materia de ordenación urbanística, que justifica, en su caso, la intervención de otras Administraciones Públicas, se precisa en la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2004, de 13 de abril, en los siguientes términos:

“‘La decisión sobre la configuración del asentamiento urbano municipal en que consiste el plan urbanístico –marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos– es una tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio; y sobre aquella decisión se proyectan, por tanto, de forma especialmente intensa las exigencias de la autonomía municipal. Si en el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico las leyes reguladoras de la materia prevén la intervención –de alcance diverso– de otras Administraciones Públicas es porque, con carácter general, aquella decisión puede afectar también a intereses cuya gestión constituye el objeto de competencias atribuidas a otras organizaciones jurídico-públicas distintas del municipio. También se justifica la mencionada intervención de otros sujetos públicos distintos de la Administración municipal por las exigencias del principio de colaboración [que aconseja la audiencia, el intercambio de información y la ponderación de intereses ajenos (art. 4 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común)] y por los controles de legalidad que, de conformidad con la Constitución, pueden ejercer, en el ámbito del urbanismo, las Comunidades Autónomas sobre las entidades locales.

“‘Esta imbricación de intereses diversos que se proyectan sobre el mismo territorio municipal se soluciona en la Ley básica de régimen local con fórmulas como la participación o integración de las entidades locales en procedimientos que tramita y resuelve la Comunidad Autónoma cuando *la naturaleza de la actividad de que se trate haga muy difícil o inconveniente una asignación diferenciada y distinta de facultades decisorias* (art. 62 LBRL), o la participación de las entidades locales en procedimientos de aprobación de instrumentos de planeamiento que son formulados y aprobados por

otras Administraciones, siempre que exista la necesidad de *armonizar los intereses públicos afectados* (art. 58.2 LBRL).

“‘Pero esta regulación de las relaciones interadministrativas no ha de oscurecer el principio de que la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio, y que la intervención de otras Administraciones se justifica solo en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, se atribuyen a las Administraciones supraordenadas sobre las inferiores’.

“Por ello, conforme a la doctrina constitucional expuesta, consideramos que el objeto de la consulta municipal promovida por el Ayuntamiento de Castro-Urdiales, en razón de la singularidad del emplazamiento elegido para ejecutar el puerto deportivo, en la bahía de la ciudad, que comporta remodelar la fachada marítimo-terrestre, y que forma parte del entramado urbano existente entre el Paseo Marítimo y el Malecón, y que puede calificarse funcionalmente de equipamiento local, atendiendo a las características que se revelan en el informe del director de Puertos de Cantabria de 9 de febrero de 2012, incorporado al ramo de prueba de las presentes actuaciones, entendemos que quedan afectadas directamente competencias propias del municipio en materia de seguridad en lugares públicos y en materia de ordenación urbanística, enunciadas en el artículo 25.2 a) y d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por lo que resulta procedente la convocatoria de la consulta propuesta, con la finalidad de que el Ayuntamiento cuente con la opinión de los vecinos, que puede ser determinante en la emisión del informe que exige el artículo 15.2 de la Ley del Parlamento de Cantabria 5/2004, de 16 de noviembre, de Puertos de Cantabria.

“En último término, cabe advertir que en el caso de autos no se ha planteado controversia alguna respecto del control jurisdiccional del Acuerdo del Consejo de Ministros en aquello que pudiera tener de decisión de mera oportunidad o manifestación de una voluntad que, sobre la base de apreciaciones de orden estrictamente político, exprese aquel alto órgano constitucional, titular del poder ejecutivo, cuestión que esta Sala abordó en la sentencia de 22 de enero de 1993 (RCA 4911/1992). El litigio se circunscribe, por el contrario, a dilucidar si el Acuerdo del Consejo de Ministros, al apreciar la falta de concurrencia de uno de los requisitos necesarios para autorizar la consulta popular, res-

petó o no el contenido del artículo 71 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local”.

Previamente, el Tribunal Supremo había recordado su anterior doctrina, que revela la necesidad de preservar un adecuado equilibrio entre el principio representativo y el principio de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, en los siguientes términos:

“[...] La decisión del Consejo de Ministros de autorizar o denegar la convocatoria de una consulta popular municipal se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un acto de control de que la solicitud se ajuste a los requisitos legalmente previstos de naturaleza procedimental y material. En aras de preservar el adecuado equilibrio entre el principio representativo y el principio de participación directa se exige que la consulta sea a iniciativa del alcalde, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno de la Corporación municipal. El objeto de la consulta popular debe referirse a asuntos relativos a la acción del Gobierno local, de carácter local, que versen sobre materias de competencia propia municipal, que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, excluyéndose, en todo caso, los asuntos relativos a la Hacienda local.

“Al respecto, en la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2000 (RCA 404/1998), manifestamos:

“Hay que destacar, ante todo, que dichos requisitos son concurrentes y, dados los términos en que se formulan, revelan un designio del legislador ciertamente restrictivo respecto de esta fórmula de participación popular en el procedimiento de adopción de decisiones municipales, inspirado en el sistema de representatividad electiva. La consulta popular a los vecinos no se permite para cualquier asunto, ni siquiera para aquellos que tengan un interés relevante para los vecinos; es preciso, además, que se trate de asuntos de *carácter local*, por un lado, y que respecto de ellos el municipio tenga *competencias propias*, por otro. La demanda insiste en que se trata de una cuestión que *afecta a los intereses de los vecinos de Algeciras*, y a ello nada habría que oponer, en principio: pero lo decisivo, a los efectos del litigio, no es solo que exista aquel interés sino que el *asunto* (por emplear la expresión utilizada en el artículo 71 de la Ley de Régimen Local) que lo genera sea, ante todo, de *carácter local*”.

El Alto Tribunal también determina el alcance y significado del concepto de “asuntos de la competencia propia municipal”, a que alude el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que delimita el ámbito de las consultas po-

pulares municipales, con la exposición de los siguientes argumentos:

“[...] El presupuesto de que la consulta popular se refiera a ‘asuntos de la competencia propia municipal’ alude a aquellas competencias específicas enunciadas en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que el municipio ejerce, en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, con plena capacidad de decisión, es decir, bajo su responsabilidad, de forma libre y autónoma, no condicionadas a controles de oportunidad.

“En este sentido, cabe recordar la doctrina jurisprudencial formulada en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2008 (RCA 474/2006), en que sostuvimos que la lectura armonizadora de los artículos 1, 18.1 f) y 71 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local y de los artículos 3 y 4 de la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988, permite determinar que el concepto de competencias propias municipales, en cuyo ejercicio, los municipios, para preservar la garantía constitucional del principio de autonomía local, tienen la capacidad efectiva de ordenación y gestión y de promover las iniciativas que se consideren pertinentes dentro del marco legal, se corresponde con las atribuciones o el núcleo de competencias básicas encomendadas por la Ley a dichas entidades locales, lo que no impide que, por la naturaleza de la materia o por su extensión, su titularidad o ejercicio sea concurrente con las competencias de planificación atribuidas a autoridades regionales o autonómicas, puesto que no necesariamente las competencias locales deben ser plenas o completas, de modo que quedan excluidos del objeto de las consultas populares municipales aquellos asuntos que, aun teniendo un carácter local y tratar de una materia que sea de especial relevancia para los intereses de los vecinos, afecten a competencias exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas o a aquellas competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas atribuidas por delegación a los entes locales”.

Con meridiana claridad, apelando a la doctrina del Tribunal Constitucional, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012 distingue el referéndum, regulado en el artículo 92 de la Constitución, de las consultas populares que pudieran celebrarse por los Ayuntamientos:

"[...] Asimismo, antes de abordar los concretos motivos de impugnación articulados contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de septiembre de 2010, procede que signifiquemos que las consultas populares de ámbito municipal o local tienen un régimen jurídico diferenciado de las modalidades de referéndum a que alude el artículo 92 de la Constitución, como ya expusimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2008 (RCA 474/2006).

"En este sentido, en la mencionada sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000 (RCA 404/1998), dijimos:

"El artículo 92.1 de la Constitución permite que las decisiones políticas de especial trascendencia puedan ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos, debiendo ser una ley orgánica la que regule las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en aquella. La Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, que desarrolla este mandato constitucional y regula las distintas modalidades de referéndum, dispone en su artículo 2.1 que la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de sus modalidades, es competencia exclusiva del Estado. Excluye, sin embargo, de su ámbito de aplicación (Disposición adicional única) las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización'.

"La distinción entre el referéndum como mecanismo de participación directa de los ciudadanos en aquellos asuntos de manifiesta naturaleza política de las consultas populares municipales, que por su alcance constituyen cauces del ejercicio del derecho de participación política, se infiere de la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de septiembre de 2008, en los siguientes términos:

"[...] El referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política, es decir, de aquella participación *que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejerci-*

da por el pueblo (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3). Es, por tanto, una forma de democracia directa y no una mera manifestación *del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente*, que lo ha formalizado como *un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos* (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (así, por ejemplo, arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE). Las formas de participación no reconducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE son *formas de participación que difieren [de aquellas] no solo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad –art. 9.3 CE– y del derecho de igualdad –art. 14 CE–)*. No puede aceptarse, sin embargo, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, pues no solo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el art. 23.1 C.E. se trata de las modalidades *–representativa y directa– de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general* (STC 119/1995, FJ 4), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral.

"[...]

"En nuestro sistema de democracia representativa, en el que la voluntad soberana tiene su lugar natural y ordinario de expresión en las Cortes Generales (art. 66.1 CE) y las voluntades autonómicas en los respectivos Parlamentos de las Comunidades Autónomas, los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone (caso de la reforma constitucional por la vía del art. 168 CE y de los procedimientos de elaboración y reforma estatutarios previstos en los arts. 151.1 y 2 y 152.2 CE) o a aquellos que, también expresamente contemplados, supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus Cámaras".

3. La sujeción de los Gobiernos locales al principio de legalidad constitucional: STS de 14 de febrero de 2013 (RC 4118/2011)

Los Gobiernos locales, por expreso mandato del artículo 9.1 de la Constitución, están sujetos al principio de legalidad constitucional.

El Gobierno local se caracteriza como poder público democrático, vinculado, por ello, como el resto de poderes públicos constituidos por la “Ley constitucional fundamental” y sujetos públicos y privados, “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

La consideración de la Constitución como norma suprema determina que, con independencia de cuál sea la tesis que adoptemos sobre la concepción constitutiva de la autonomía local, como garantía institucional o garante constitucional, la acción del Gobierno local esté condicionada y comprometida con la observancia del principio de legalidad constitucional, que comporta el respeto a los valores superiores del ordenamiento jurídico –libertad, igualdad, justicia y pluralismo político– y a los derechos fundamentales y libertades públicas enunciados en el texto constitucional.

La constitucionalización de los entes locales se inserta en el orden jurídico-político establecido por la Constitución. Por ello, los Gobiernos locales, en el ejercicio de sus potestades normativas y ejecutivas, no gozan de ningún margen de disponibilidad para actuar frente a la Constitución o contra la Constitución, contra sus principios y valores.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013, que resuelve el recurso de casación interpuesto por la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de junio de 2011, constituye un *leading case* respecto de la fuerza resistente del régimen de libertades públicas y derechos fundamentales reconocido en la Constitución, y de la vigencia del sistema de fuentes establecido en la Constitución como límite a la actividad normativa de un ente local.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo anula el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de 8 de octubre de 2010, por el que se aprueba definitivamente la modificación de los artículos 26.2, 27.9 y 102.25 de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia, e inicialmente la modificación de los artículos 57 del Reglamento del Archivo Municipal y 37 del Reglamento de funcionamiento de

los Centros Cívicos y locales municipales, Acuerdo y textos normativos por él aprobados, que prohibían el acceso de personas que portasen velo integral a dependencias y equipamientos municipales, con base en la consideración de que los Ayuntamientos no tienen competencia para regular, mediante ordenanza, aspectos relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales, en cuanto es exigible la existencia de una ley previa que, en este supuesto, se revela insustituible:

“[...] Partiendo, pues, de que el uso de velo integral constituye una manifestación de ejercicio de libertad religiosa, regulada en el art. 16.1 CE y en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, respecto a cuyo contenido, ejercicio y límites ha de estarse a lo dispuesto en los arts. 81 y 53 CE, debemos adentrarnos en el examen de cuáles sean las exigencias de la Constitución para poder limitar el ejercicio de tal derecho, acudiendo para ello a la doctrina del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC y art. 5.1 LOPJ).

“Sobre el particular existe una rica doctrina de este, cuyo estudio a los efectos que aquí interesan (y aunque inevitablemente incidamos en reiteraciones sobre lo dicho en el fundamento anterior), podemos iniciar con la alusión a la sentencia n.º 154/2002, del Pleno, de 18 de julio, ampliamente expresada, en concreto en sus fundamentos jurídicos 6 a 8, con abundante cita en ellos de sentencias precedentes. Es especialmente destacable en la misma la afirmación, como contenido del derecho (F.J. 6) de ‘una dimensión externa de *agere licere*’ [que es precisamente la que en el caso actual está en cuestión] ‘que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, F. 2; 120/1990, F. 10, y 137/1990 F. 8). Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales (STC 46/2001, F. 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre)’ [lo subrayado nuestro].

“Especialmente relevante como doctrina general sobre la regulación del contenido y límites de los derechos fundamentales es la Sentencia del Tribunal Constitucional, de su Pleno, n.º 292/2000, de 30 de noviembre, que, aun referida a un derecho fundamental distinto del que está en liza en el actual proceso, resume en términos muy precisos y contundentes una doctrina alusiva a los restantes derechos fundamentales, contenida en su F.J. 11. Se dice al respecto sobre los límites a los mismos que: ‘no cabe duda de que han de

encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución [SSTC 11/1981, de 8 de abril, F. 7; 196/1987, de 11 de diciembre (RTC 1987\196), F.6...]. Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo... o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la ley, y solo la ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, F. 6; 18/1999, de 22 de febrero, F. 2)' [los subrayados nuestros].

"La esencialidad de la ley y su insustituibilidad por cualquier otra fuente normativa para poder establecer el límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa que entraña la prohibición que se cuestiona en el proceso, resulta así en nuestro marco constitucional inequívoca según esa sentencia.

"Además, en cuanto a la relación entre el derecho fundamental y sus límites y al posible alcance de estos, es bueno acudir a la STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4, en la que podemos leer:

"... queremos destacar la máxima amplitud con que la libertad ideológica está reconocida en el art. 16.1 de la Constitución, por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art. 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales...".

"Y más adelante:

"d) Finalmente, hemos de recordar que, si bien es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos –como recuerda la STC 159/1986, de 16 de diciembre–, *tampoco puede atribuirse dicho carác-*

ter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Toda vez que, como dice esta Sentencia, *tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción.* Hay, pues, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión *de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente.* Como resultado de esta interacción –añade esta Sentencia–, *la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos'* [lo subrayado, una vez más, nuestro].

"Puede completarse este recorrido por la doctrina del Tribunal Constitucional, refiriéndonos a cómo en ella se consideran el orden público y la seguridad, en cuanto límites al derecho fundamental de libertad religiosa, al ser la alusión a uno y otra en la sentencia recurrida uno de los elementos constitucionales considerados en ella para justificar la prohibición. Al respecto podemos referirnos a la sentencia del Pleno del Tribunal n.º 46/2001, F.J. 11, en el que se dice:

"El ejercicio de la libertad religiosa y de culto, como declara el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, en absoluta sintonía con el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.* Ahora bien, en cuanto *único límite* al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, solo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro

cierto para *la seguridad, la salud y la moralidad pública*, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto’.

“[...]”

“El recorrido por la doctrina constitucional que precede, volviendo desde él al análisis de la sentencia recurrida, pone de manifiesto que su fundamentación no tiene encaje posible en el marco de ella.

“Empezamos por la exigencia indeclinable de una ley previa que establezca el límite para el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, que la prohibición del velo integral supone. Visto en este caso que tal ley no existe, basta solo con ello, para afirmar que la prohibición establecida al respecto en la Ordenanza así como en los reglamentos provisionalmente aprobados en ese punto por el Acuerdo recurrido (salvo el de transporte urbano, que deberá analizarse separadamente) vulneran el citado derecho fundamental.

“La insuperable exigencia constitucional de la necesidad de la ley para limitar el ejercicio del derecho fundamental, no puede sustituirse, como ya se razonó en el fundamento octavo, por las posibilidades normadoras de las ordenanzas municipales.

“En especial, y complementando lo que en el referido fundamento quedó dicho, debe rechazarse la argumentación del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia, en la que, partiendo de la cita del asunto Leyla Sahin vs. Turquía y del asunto Kervanci vs. Francia., al enfrentarse al requisito del art. 9.2 del Convenio Europeo respecto de la exigencia de que la limitación esté ‘prevista por la ley’, se intenta justificar dicho requisito en el apartado a) del Fundamento a la luz de la doctrina del TEDH expresada en las sentencias que en dicho apartado se citan, en vez de, como es obligado, a la de nuestro ordenamiento constitucional. Tal modo de proceder, aparte de resultar contrario a lo dispuesto en el art. 53.1 CE, ni tan siquiera se ajusta a la propia sentencia del caso Sahin, que en sus párrafos 100 y 101 (lo mismo que en otras muchas sentencias de innecesaria cita individualizada) antepone a la apreciación del Tribunal la que en cada país se acomode a sus parámetros constitucionales.

“A partir de ahí, y puesto que en nuestra Constitución no queda la más mínima duda de la exigencia de una ley propiamente tal al respecto, como con especial énfasis se razona en la STC antes citada 292/2000, no cabe sustituir la inequívoca exigencia constitucional

por la apelación a la jurisprudencia del TEDH, para desde ella eludir dicha exigencia.

“En modo alguno puede entenderse que el Convenio Europeo aludido rebaje las exigencias de nuestra Constitución, lo que, sin decirlo, parece considerar la sentencia recurrida en el punto que nos ocupa.

“El propio Convenio Europeo, en el que se pretende apoyar la Sentencia, en su art. 53 (‘Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier parte contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte’) cierra el paso al expediente dialéctico utilizado en la sentencia, de intentar medir las exigencias para la limitación del derecho fundamental con el parámetro del Convenio y de su interpretación jurisdiccional por el TEDH, en vez de con el de la Constitución.

“Es ya, después de razonada la vulneración del derecho fundamental, como puede aceptarse, según se anticipó en el Fundamento Octavo, la tesis de la incompetencia del Ayuntamiento, alegada, tanto por la recurrente como por el Ministerio Fiscal, o mas bien, según nuestra propia apreciación, de la extralimitación de la competencia que tiene atribuida por los títulos competenciales que invoca, al hacer lo que no podía hacer”.

La decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de desconsiderar que el Ayuntamiento de Lleida puede fundar su competencia para limitar el uso del velo integral, con base en la irradiación de competencias municipales enunciadas en el artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, al estar vinculada a respetar el derecho fundamental a la libertad religiosa consagrado en el artículo 16 de la Constitución, se sustenta en los siguientes razonamientos jurídicos:

“[...] La competencia del Ayuntamiento para regular sus servicios y la convivencia en el ámbito del municipio: incontestable, (y es ahí donde entran en juego como normas habilitantes las de LBRL –art. 4.1.f, 25 y 25– y de la Carta Europea de la Autonomía local –art. 4.2–, citadas en sentencia), no puede suponer que, al ejercitar las competencias que dichas normas le confieren, pueda hacerlo prescindiendo de los límites constitucionales que le impone el respeto del derecho fundamental de libertad religiosa, proclamado en el art. 16.1 CE.

“Conviene advertir que, al razonar como lo hacemos, no nos pronunciamos respecto a lo que el legisla-

dor pueda, en su caso, hacer sobre el uso del atuendo religioso que nos ocupa. Si lo hiciéramos, ello constituiría una intromisión en el espacio del legislador, inaceptable en un órgano jurisdiccional (aunque este sea el Tribunal Supremo desde la superior posición constitucional en que el art. 123 CE lo sitúa), dada su posición constitucional (art. 117.1 CE) de sumisión a la ley. Simplemente nos limitamos a afirmar la inexistencia de la Ley, con la consecuencia que ello implica, ya razonada.

“Pero es necesario que nos detengamos en los extremos clave de la sentencia en los que expresa la justificación de la Ordenanza impugnada en relación con los fines indicados en el art. 9.2 del Convenio Europeo, que cita, para dar respuesta a las alegaciones cruzadas al respecto entre las partes; lo que en modo alguno podrá verse como un imposible análisis anticipado de si los fines que la sentencia invoca para justificar la medida cuestionada, pueden habilitar al legislador para regular tal prohibición, sino exclusivamente como el enjuiciamiento de lo que en relación con ellos dice la sentencia.

“Esta se refiere a la perturbación de la tranquilidad que en nuestra cultura occidental produce el ocultamiento del rostro en la realización de las actividades cotidianas. Tal alegada perturbación se rechaza por la recurrente, según se ha dejado constancia en el Fundamento Tercero de esta nuestra sentencia, calificando con reiteración tal apreciación de la sentencia recurrida de juicio de valor subjetivo o de prejuicios personales, sin base probada. A su vez, el Ministerio Fiscal en su escrito, del que queda hecha amplia referencia en nuestro Fundamento de Derecho Quinto, hace objeto de especial censura esa misma apreciación.

“Compartimos por nuestra parte sobre el particular las críticas coincidentes del Ministerio Fiscal y de la recurrente.

“La realidad de esa perturbación de la tranquilidad en nuestra cultura occidental, a que alude la sentencia, carece de una demostración convincente en cuanto simple constatación sociológica, con lo que la base esencial sobre la que la sentencia se sustenta se desvanece.

“Por lo demás, la perturbación en nuestra cultura occidental afirmada en la sentencia, si es que en realidad existiera, no podría justificar que un órgano del poder público, cual es sin duda un Ayuntamiento, dado el papel que constitucionalmente le atribuye el art. 9.2 CE, solventase la fricción cultural que esa perturbación manifestase, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida.

“Al respecto la sentencia del TEDH de la Gran Sala, de 10 de noviembre de 2005, citada en otro lugar, se manifiesta de modo inequívoco en sus párrafos 106, 107 y 108, sobre el papel del Estado para ‘conciliar los intereses de diversos grupos y garantizar el respeto de todas creencias (106)’.

“Los párrafos 107 y 108 dicen:

“‘107. El Tribunal ha acentuado con frecuencia el papel del Estado como organizador neutral o imparcial del ejercicio de las distintas religiones, credos y creencias, y afirma que este papel contribuye a garantizar el orden público, la paz, y la tolerancia religiosa en una sociedad democrática... y considera que la obligación del Estado es asegurar la tolerancia de los grupos que compiten entre sí (Partido Comunista de Turquía y otros C.V. Turkey, sentencia de 30 de enero de 1998, Informe 1998 §8 y §57). Por tanto, el papel de las autoridades en tales circunstancias no es eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino garantizar que los grupos de oposición se toleren mutuamente (Serif contra Grecia, n.º 38179/97 §53 TEDH 1999-IX).

“‘108. El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son características de una sociedad democrática. A pesar de que en ocasiones subordina los intereses individuales a los de un grupo, la democracia no se limita a apoyar a la mayoría, sino a establecer un equilibrio que debe lograrse para garantizar el trato justo a las personas pertenecientes a minorías y evita cualquier abuso de posición dominante (véase, *mutatis mutandis*, Young, James y Webster v. Reino Unido, sentencia de 13 de agosto de 1981, Serie A n.º 44 p. 25 §63 y Chassauos et al Francias [GC, n.ºs. 2.088/94, 28331/95 y 28443/95 §112, TEDH 1999-III)’.

“Las alusiones de la sentencia a la seguridad y al orden público protegidos por la Ley (contenidas en el apartado b del F.D. tercero) en exceso sumarias y carentes de desarrollo, una vez rechazada la referencia a la perturbación de la tranquilidad pública, adolecen de una total falta de base, siendo igualmente compartibles por esta Sala las tesis críticas que en relación a dichas alusiones de la sentencia exponen en sus respectivos escritos la recurrente y el Ministerio Fiscal a tales elementos.

“Conviene recordar aquí la referencia que líneas atrás hacíamos a la STC 46/2001, y a lo que en ella se dice al respecto, para rechazar la argumentación de la sentencia recurrida que analizamos.

“No puede olvidarse que entre los elementos del orden público protegidos por la ley, en el que se integran los derechos y libertades fundamentales que la

Constitución consagra, uno de ellos es, precisamente, el de libertad religiosa.

“Respecto de la alusión en el Fundamento de Derecho 3.º apartado b) de la sentencia recurrida a la protección de los derechos y libertades fundamentales ajenos, hemos de precisar que, en este caso, la afirmada protección de esos derechos y libertades ajenos no se justifica, pues los derechos y libertades a considerar no deben ser los de la persona afectada por la medida limitativa, sino los de terceros, que pudieran resultar perturbados por la actuación de la persona a la que, para evitar tal perturbación, se le limita su derecho. La finalidad de proteger derechos y libertades ajenos, no puede así justificar la limitación de un derecho constitucional de una persona que tenga como finalidad la protección de los derechos de esta, pues estos no son derechos y libertades ajenos.

“Consideración especial merece la argumentación contenida en el apartado c) del Fundamento de Derecho Tercero respecto al tercero de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del Art. 9.2 del Convenio Europeo: ‘necesaria en una sociedad democrática’.

“Al respecto la sentencia, en vez de justificar, como la titulación del epígrafe sugiere, la necesidad de la imposición de la medida, lo que hace es expresar lo que, en su criterio, es la dificultad de conciliar el uso del burka o similar con ‘uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad’, haciendo al respecto unas contundentes afirmaciones, que, en suma, consisten en la incompatibilidad del uso del ‘burka o similar portado exclusivamente por mujeres’, con la ‘efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no’.

“En primer lugar, por grande que sea, y lo es, el choque de esa vestimenta con las concepciones culturales de nuestro país, no resulta aceptable prescindir, como hace la sentencia, de que ese uso sea voluntario o no.

“Partiendo de que la medida en cuestión (en cuanto sin duda tiene como referente subjetivo a mujeres adultas) se establece en un ámbito de libertad, como es el propio de nuestra sociedad en el marco de nuestra Constitución, y de que la mujer en él tiene a su disposición medidas adecuadas por optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacerse víctima, obteniendo la pro-

tección del poder público, no consideramos adecuado que, para justificar la prohibición que nos ocupa, pueda partirse del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer, que es la base subyacente de la argumentación de la sentencia recurrida, que no podemos compartir.

“Frente a tal visión, partiendo de la idea del ejercicio libre de una opción religiosa, lo que debe contar es la garantía respecto a ella de la inmunidad de coacción a que se refiere la STC 154/2000 antes citada.

“No consideramos así justificado el requisito de la necesidad a que la sentencia recurrida se refiere.

“Para medir la necesidad o no de la medida en una sociedad democrática, no está de más aludir a los textos internacionales que se indican en el Fundamento Segundo.

“Por otra parte, en los estudios doctrinales sobre la justificación de una prohibición de tal tipo no es infrecuente resaltar el riesgo del efecto perverso que pueda derivarse de la misma: el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, si decide anteponer a otras consideraciones sus convicciones religiosas; lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales, y en suma, en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera contribuir a incrementarlas, si a la mujer concernida se le cierran esos espacios. Las consideraciones precedentes conducen en definitiva al rechazo de la argumentación contenida en el apartado c del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia”.

La sentencia, no obstante, no anula la modificación del artículo 24 del Reglamento del Servicio de Transporte Urbano de Viajeros de Lleida, que prescribe que el uso de las diferentes tarjetas de tarifa social o de precio reducido en función de colectivos especiales, habrá de estar debidamente acreditado, y que estipula que el personal del servicio podrá demandar la acreditación de la personalidad a los beneficiarios y comprobar la concordancia con las fotografías de los títulos de transporte, y que ningún usuario podrá hacer uso de estas tarjetas si se niega a identificarse para hacer estas comprobaciones, al estimar que las limitaciones impuestas tienen la finalidad de controlar la identidad de los beneficiarios, en los siguientes términos:

“[...] Es indudable que el sentido de esa modificación se diferencia con claridad de las demás analizadas, pues no impiden el uso del velo integral, ni por tanto

puede equipararse en su valoración jurídica respecto a la vulneración del art. 16.1 CE a la que merece la prohibición analizada en los fundamentos precedentes.

“La exigencia de identificación que en dicho Reglamento se establece, como control del uso de un beneficio al que la portadora del velo integral se acoge libremente, no supone limitación del ejercicio del derecho de libertad religiosa, ni supone regulación de esta, precisada de previa regulación por ley; por lo que tiene la cobertura plena de los títulos legales que el Ayuntamiento invoca, lo que impone la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la sentencia desestimatoria en lo concerniente a ese concreto y limitado contenido del recurso”.

4. La legitimidad del Gobierno local con fundamento en el ejercicio de sus competencias al servicio de los intereses de la colectividad local: STS de 11 de febrero de 2013 (RC 4490/2007)

El Gobierno local se legitima, desde una perspectiva material o sustancial, cuando ejerce sus competencias en favor de los intereses de la colectividad local.

La cláusula constitutiva del “Estado social”, establecida en el artículo 9.2 de la Constitución, que prescribe que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, vincula a los Gobiernos locales a adoptar políticas públicas que favorezcan el desarrollo de los derechos sociales.

Pero el compromiso de los Ayuntamientos y Diputaciones con los derechos constitucionales de carácter social, no puede realizarse al margen del principio de legalidad.

El ejercicio de las competencias municipales, en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos, no puede entrar en contradicción con el ordenamiento, ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Esta es la directriz jurisprudencial que se formula en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencio-

so-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2013 (RC 4490/2007), que anula determinados preceptos de la Ordenanza municipal aprobada por el Ayuntamiento de Burriana, que prohibía la instalación de infraestructuras radioeléctricas de telecomunicaciones en zonas calificadas como sensibles, adoptada para prevenir riesgos a la salud, derivados de una exposición prolongada a ondas radioeléctricas, por vulnerar la competencia del Estado en materia de telecomunicaciones.

La sentencia adopta su decisión anulatoria del Acuerdo del Ayuntamiento de Burriana de 3 de junio de 2004, por el que se aprueba la Ordenanza municipal reguladora de las infraestructuras radioeléctricas de telecomunicaciones, partiendo de la contradicción existente en esta materia de autorizaciones de instalaciones de antenas de telefonía móvil entre la Sección Cuarta y la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo:

“[...] No es sino hasta la sentencia de 17 de noviembre de 2009 cuando esta Sala formula una declaración general a propósito de la potestad de los Ayuntamientos de establecer, por razones de salubridad pública, medidas adicionales de protección a las contenidas en el Real Decreto 1066/2001, aunque ha de advertirse que esta declaración se realiza a propósito de una ordenanza en que ni se imponían límites a las emisiones distintas de los señalados en aquel Real Decreto ni prohibiciones absolutas de llevar a cabo instalaciones en las proximidades de determinados espacios sensibles, y que se formula después de recordar la doctrina que esta Sala viene manteniendo desde su sentencia de 24 de enero 2000, opuesta a que las competencias municipales en este campo puedan traducirse en restricciones absolutas del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones o en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

“La doctrina sentada en esta sentencia se ha mantenido en sentencias posteriores aunque en esta materia siempre, antes y después de la referida sentencia, esta Sala ha insistido en el carácter casuístico con que debía abordarse la solución de los problemas planteados (sentencias, entre otras, de 11 de octubre de 2006, 27 de abril y 15 de junio de 2010).

“La sentencia de 4 de mayo de 2010, en relación con el precepto de una ordenanza que imponía determinadas limitaciones a la instalación de estaciones radioeléctricas por razones medioambientales o paisajísticas y urbanísticas precisó que la prohibición, repetidamente indicada por esta Sala, de establecer

restricciones absolutas se refiere, ‘bien a la imposibilidad de prestar adecuadamente el servicio en determinada zona o lugar, bien a la posibilidad de prestarlo solo en condiciones de gravosidad desproporcionada en relación con los beneficios que la restricción pueda revertir a los intereses municipales’. Del mismo modo, la sentencia de 13 de diciembre de 2010, examinando una ordenanza que prohibía la autorización de antenas y, en general, de instalaciones de telecomunicación a menos de 100 metros de equipamientos educativos, culturales, asistenciales o sanitarios y en espacios libres clasificados por el planeamiento para el ocio, decide, valorando la prueba practicada, en función de si de esa limitación resultara para la empresa recurrente una imposibilidad de prestar el servicio en esas zonas especialmente protegidas.

“De la evolución jurisprudencial que hemos sintetizado, correspondiente a sentencias dictadas por la Sección Cuarta de esta Sala, puede concluirse que, por razones de salubridad pública, los Ayuntamientos están autorizados para prohibir la instalación de estaciones base de telefonía dentro de determinadas distancias a espacios especialmente sensibles siempre que ello no suponga para la empresa prestadora del servicio la imposibilidad de hacerlo de modo satisfactorio.

“Sin embargo la sentencia de la Sección Quinta de esta misma Sala de 22 de marzo de 2011, enfrentada a una regulación que, entre otras determinaciones, prohibía la instalación de antenas a las distancias que el reglamento señalaba, según se tratara de zonas de uso continuado para las personas, espacios abiertos de los centros docentes y establecimientos que acojan de manera regular población en edad escolar, resuelve el recurso desde una perspectiva que no había sido considerada antes, la de si esas prescripciones suponían una regulación de carácter técnico sobre la que los Ayuntamientos no podían actuar por tratarse de una competencia atribuida con carácter exclusivo al Estado en el artículo 149.1.21.ª de la Constitución, ejercitada, por lo que se refiere a la protección de la salud por medio del Real Decreto 1066/2001. Esta sentencia recoge la copiosa doctrina de la Sala que había considerado un límite infranqueable al ejercicio de las competencias municipales la regulación de cuestiones técnicas relativas a la ordenación de las comunicaciones por telefonía móvil, pero hasta esta sentencia en ningún recurso de casación se había cuestionado alguna ordenanza municipal que impusiera prohibiciones de instalación de estaciones radioeléctricas en las llamadas zonas sensibles por considerar que se trataba de una

regulación técnica ya agotada con el Real Decreto 1066/2001. La citada sentencia de 22 de marzo de 2011, en una doctrina que se repite en sus sentencias de 12 de abril, 14 de julio y 16 de noviembre del mismo año, concluye que se trata de un aspecto puramente técnico de la ordenación de las telecomunicaciones en los que los Ayuntamientos no pueden invocar título competencial alguno, ni el urbanístico ni el sanitario, por tratarse de una regulación que incide directamente en la configuración, diseño técnico y despliegue de las infraestructuras que conforman la red, y que entran dentro del ámbito de la competencia exclusiva del Estado”.

El Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo fundamenta su fallo en el argumento de que, una vez que el Estado ha ejercido su competencia en materia de sanidad pública y en materia de telecomunicaciones, determinando los niveles de emisión radioeléctrica tolerables para la salud aplicables uniformemente en todo el territorio nacional, no cabe que un Ayuntamiento adopte una reglamentación más estricta y rigurosa, careciendo de título competencial habilitante:

“[...] La Ordenanza municipal que da origen al presente proceso se apoya en el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en particular en sus apartados d), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, f), protección del medio ambiente y h) protección de salubridad pública, y en su distintos preceptos se suceden regulaciones que responden a cualquiera de esas materias, aunque no es dudoso asignar los artículos 6.1.c) y 17.C, cuestionados en este motivo de casación a una medida de protección de la salubridad pública, como reconoce el propio Ayuntamiento recurrido al justificarlos en la preocupación existente entre los vecinos por la existencia de una instalación de ese tipo a menos de 100 metros de un colegio de la localidad.

“Tal como declara la STC 8/2012, de 18 de enero, el Estado, por medio del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre ‘en el ejercicio de sus competencias en materia de sanidad y telecomunicaciones está configurando un procedimiento para la determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable, para su actualización conforme al progreso científico, así como para el control del cumplimiento por los operadores de estos niveles de emisión a través de un sistema de autorización, seguimiento, inspección y control en el que se entrelazan aspectos sanitarios y aspectos de telecomunicaciones’. ‘En efecto, la regulación de los niveles

de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general no solo porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual, sino también porque los mismos operan como presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, concretamente, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. Es más, correlativamente, esos niveles de emisión fijados por el estado funcionan, también, como un elemento determinante del régimen jurídico de los operadores de instalaciones de radiocomunicación, así como de la funcionalidad del mercado de las telecomunicaciones, asegurando su unidad. En definitiva, a través del Real Decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones’.

“Las limitaciones impuestas por los artículos 6.1.c y 17.C de la Ordenanza de que trae causa el presente proceso interfieren el despliegue de la red en el término municipal y, además, invocan un título habilitante, el derivado del artículo 25.2 h LRBRL, en el que el Estado ya ha intervenido aplicando el principio de precaución con una reglamentación que, atendido el estado de la ciencia, tiene una pretensión de exclusividad, por lo que representa un ámbito en el que las Corporaciones locales tienen impedida cualquier posibilidad de regulación.

“El ejercicio por el Estado de sus competencias en relación con la adopción de las pertinentes medidas sanitarias frente a los riesgos derivados de la exposición de la población a emisiones radioeléctricas representa para los Ayuntamientos un límite al ejercicio de las que a ellos, en este campo, podrían corresponder en virtud de lo dispuesto en los artículos 25.2 h y 28 LRBRL.

“Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBRL entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no solo se establecen más límites

de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioléctricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como ‘sensibles’, que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante”.

Un voto particular se formula a la referida sentencia de 11 de febrero de 2013, sustentando su discrepancia con el voto mayoritario en que no se había tenido en cuenta, en la confrontación de los títulos competenciales del Estado y los entes locales en materia de telecomunicaciones, que los Ayuntamientos tienen competencia, por designio del legislador, en materia de salud ambiental, que es determinante para resolver la controversia jurídica planteada:

“[...] Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, sostengo que los Ayuntamientos pueden acordar medidas adicionales de protección, relativas a prevenir el riesgo de exposición prolongada a los campos electromagnéticos procedentes de instalaciones de antenas de telefonía móvil mediante el establecimiento de distancias de seguridad frente a zonas sensibles –colegios, hospitales, parques y jardines públicos–, en virtud de los títulos competenciales en materia de ordenación urbanística, protección del medio ambiente y protección de la salubridad pública, enunciados en el artículo 25.2 d), f) y h) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la medida que cabe entender que las prescripciones contenidas en los artículos 6 y 7 del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, no tienen la vocación de agotar la ordenación regulatoria de las políticas públicas relativas a las medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, por cuanto se dictan al amparo del artículo 149.1.16.^a de la Constitución, según advierte la disposición final segunda de la referida norma reglamentaria.

“Por ello, considero que la regulación del régimen de distancias establecido en el artículo 6.1 c) de la Ordenanza municipal reguladora de las infraestructuras radioeléctricas de telecomunicaciones, aprobada por el Ayuntamiento de Burriana el 3 de junio de 2004, no menoscaba ni perturba ni cercena la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones ex

artículo 149.1.21.^a CE, por cuanto no cabe una interpretación exorbitante de esta competencia, desvinculada de la naturaleza de la actividad regulada, que varíe de contenido la competencia municipal en materia de salud ambiental, ya que sería contraria al principio de autonomía local y, por ende, al principio de subsidiariedad, consagrados en los artículos 137 y 140 de la Constitución.

“Segundo.— También procedía rechazar el extremo del motivo de casación en que se censura la decisión de la Sala de instancia por infringir la legislación estatal en materia de telecomunicaciones y, singularmente, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por cuanto se sustenta en el argumento de que la regulación contenida en el artículo 6 de la Ordenanza municipal reguladora de la instalación, puesta en funcionamiento y mantenimiento de las infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación en el término municipal de Burriana (Castellón) de 3 de junio de 2004, supone introducir ‘un límite con carácter absoluto’ a la prestación del sistema de telefonía móvil, al prohibir la instalación de estaciones bases y antenas en las zonas definidas como espacios sensibles, que no resulta convincente, pues apreciamos, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 17 de noviembre de 2009 (5583/2007), que dicha restricción no se revela desproporcionada.

“En este sentido, estimo que la regulación contenida en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, que tiene el carácter de norma básica, no puede considerarse, sin embargo, que tenga una vocación de ‘exclusividad’ o ‘exhaustividad’, que comporte un límite infranqueable al ejercicio de las competencias municipales en materia de protección de la salud ambiental, que produjera el efecto de desapoderar de forma absoluta a los Ayuntamientos para adoptar aquellas medidas específicas y adicionales de protección frente a los riesgos derivados de la exposición a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas.

“Al respecto, cabe poner de relieve que la Recomendación del Consejo Europeo de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos, delimita el marco de ac-

tuación de la Unión Europea y de los Estados miembros en el ámbito de protección de la salud, en relación con la exposición del público en general a los campos electromagnéticos, con base en el principio de subsidiariedad y en el principio de proporcionalidad, con el objetivo de lograr un elevado estándar o nivel de protección adecuado para aquellos ciudadanos que estén expuestos de forma más intensa a los campos electromagnéticos, en los siguientes términos:

“[...] (4) Es absolutamente necesaria la protección de los ciudadanos de la Comunidad contra los efectos nocivos para la salud que se sabe pueden resultar de la exposición a campos electromagnéticos;

“(5) Las medidas en relación con los campos electromagnéticos deberán proporcionar un elevado nivel de protección a todos los ciudadanos de la Comunidad; las disposiciones de los Estados miembros en este ámbito deberán basarse en un marco establecido de común acuerdo que contribuya a garantizar la uniformidad de la protección en toda la Comunidad;

“(6) De conformidad con el principio de subsidiariedad, cualquier nueva medida emprendida en un ámbito que no sea competencia exclusiva de la Comunidad, como es la protección de los ciudadanos contra la radiación no ionizante, solo puede ser adoptada por la Comunidad si, a la vista de la escala o de los efectos de la acción propuesta, la Comunidad puede alcanzar los objetivos propuestos mejor que los Estados miembros;

“(7) Las acciones sobre la limitación de la exposición del público en general a los campos electromagnéticos deberían guardar proporción con otros aspectos de la calidad de vida en relación con servicios en que se recurre a los campos electromagnéticos, en sectores como las telecomunicaciones, la energía y la seguridad pública;

“(8) Es necesario establecer un marco comunitario para la exposición a los campos electromagnéticos con objeto de proteger a los ciudadanos por medio de recomendaciones dirigidas a los Estados miembros;

“(9) La presente Recomendación tiene como objetivo proteger la salud de los ciudadanos y, por lo tanto, se aplica en especial a las zonas pertinentes en las que los ciudadanos pasan un lapso de tiempo significativo en relación con los efectos cubiertos por la presente Recomendación;

“[...]”

“(13) La observancia de las restricciones y niveles de referencia recomendados debería proporcionar un elevado nivel de protección contra los efectos nocivos para la salud que pueden resultar de la exposición a

campos electromagnéticos pero tal observancia puede no impedir necesariamente que se produzcan problemas de interferencia u otros efectos sobre el funcionamiento de productos sanitarios tales como prótesis metálicas, marcapasos y desfibriladores cardíacos e injertos cocleares y otros injertos; la interferencia con marcapasos puede ocurrir a niveles inferiores a los niveles de referencia recomendados y debería por ello someterse a las precauciones adecuadas que, sin embargo, están fuera del ámbito de la presente Recomendación y se tratan en el contexto de la legislación sobre compatibilidad electromagnética y productos sanitarios.

“(14) De conformidad con el principio de proporcionalidad, la presente Recomendación establece principios generales y métodos de protección del público, pero que es competencia de los Estados miembros el establecimiento de normas detalladas respecto de las fuentes y prácticas que pueden dar lugar a exposición a campos magnéticos y la clasificación de las condiciones de exposición de los individuos en profesionales o no profesionales, teniendo en cuenta y respetando las normas comunitarias en relación con la salud y la seguridad de los trabajadores”.

5. Los deberes de cooperación y colaboración con la Administración del Estado y con la Comunidad Autónoma: A) STS de 12 de diciembre de 2012 (RC 1585/2010); B) STS de 4 de diciembre de 2012 (RC 4983/2011)

El Gobierno local, que asume la gestión de los intereses públicos que afectan a la colectividad local, debe, ineludiblemente, ejercer sus competencias propias en régimen de autonomía, pero la existencia de un marco competencial concurrente respecto de numerosas actividades, promueve que deba contar con la colaboración de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma para su eficiente ejecución.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2012 (RC 1585/2010) es exponente de la necesidad de arbitrar mecanismos institucionales de resolución de conflictos entre la Administración local y la Administración de la Comunidad Autónoma, que contribuyan a la “buena gobernanza de los asuntos locales”, con el objeto de solventar con rapidez y sin daño para la *res pública* aquellas controversias que puedan surgir de una diferente interpretación del interés público.

En esta sentencia del Tribunal Supremo, que confirma la sentencia dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de enero de 2010, que declaró nulo el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 18 de enero de 2007, por el que se declaró de interés general y se aprobó el proyecto de obras de restauración y consolidación del Depósito n.º 3 del Canal de Isabel II, así como de las zonas verdes e instalaciones deportivas a ubicar en su superficie, se cierra un prolongado conflicto que había enfrentado a la Asociación de vecinos “El Organillo de Madrid”, al Ayuntamiento de Madrid y al Gobierno de la Comunidad Autónoma, respecto de la construcción de un campo de golf en el barrio madrileño de Chamberí.

El Tribunal Supremo hace una interpretación restrictiva del artículo 180 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y del artículo 244 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, cuyo contenido se reitera en el artículo 161 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en el sentido de que el presupuesto de “excepcional interés público”, que legitima a la Administración de la Comunidad Autónoma para aprobar la ejecución de un proyecto de obras de carácter municipal, exige una reforzada justificación que evidencie que no era viable la adaptación al planeamiento urbanístico:

“[...] Como hemos señalado, el segundo motivo de la Administración autonómica recurrente, esgrimido al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley Jurisdiccional, denuncia la vulneración del artículo 54.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por estimar debidamente fundado el Acuerdo del Consejo de Gobierno impugnado, pues, a su juicio, concurre una motivación sobrada y más que suficiente para justificar el uso de la facultad autorizada por el artículo 161 de la Ley urbanística madrileña. Destaca que se parte de una nueva situación, cual es ‘la recuperación de una superficie de 12 hectáreas para disfrute público’, por lo que se consideró conveniente el rediseño de las instalaciones deportivas en la superficie, que, a su vez, lleva como consecuencia ‘la incorporación de más zonas de parque público y de más instalaciones deportivas’. Señala, a su vez, que se dan una serie de datos concretos y se marcan los objetivos que tiene la reforma urbanística emprendida, se justifica por qué se elige la propuesta del Canal frente a las objeciones del Ayuntamiento, y se citan las normas jurídicas aplicables al caso, por lo que entiende que existe una motivación no solo sucinta, sino amplia y detallada.

“El motivo, repetimos, no puede prosperar. La jurisprudencia, en relación con los actos en materia urbanística, promovidos por las Administraciones Públicas y con base en lo establecido por el artículo 180 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y, posteriormente, el artículo 244 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (contenido hoy en la Disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008), recogido en esencia y en lo que aquí interesa en el artículo 161 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, ha declarado que el procedimiento que marca el artículo 180.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, cuando el Ayuntamiento interesado comunica su disconformidad con la acomodación del proyecto de obras al planeamiento, se proyecta en una doble dirección: la una, por la decisión final acerca de la ejecución del proyecto por la Administración que cuida del interés superior, y, la otra, por el ajuste del planeamiento urbanístico a la nueva situación creada por la inviabilidad de la obra definitivamente puesta en marcha, ámbitos que son distintos, por ser diferente su virtualidad, ya que el primer momento es decisivo al imponerse un proyecto concreto contra el planeamiento en vigor.

“En este sentido, la Sentencia de este Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 1998, destaca: ‘... que el ejercicio de tal potestad viene condicionado por la preexistencia de razones de urgencia o excepcional interés público, que son conceptos jurídicos indeterminados a integrar conforme a las circunstancias de cada supuesto concreto contemplado, y bastando la concurrencia de una de ellas para que pueda adquirir plena efectividad de materialización de la potestad emanada del artículo 244.2 del referido Real Decreto Legislativo 1/1992, con arreglo al cual la competencia municipal se limita a informar sobre la conformidad del proyecto de obra con el planeamiento urbanístico en vigor, informe que no tiene ni el alcance de la licencia ni su posible carácter negativo que supone un impedimento para la obra en cuestión’.

“Ha puntualizado la jurisprudencia que en tanto en cuanto nos hallamos ante una excepción al principio general de intervención del Ayuntamiento en todas las obras que se realicen en su término municipal, resulta obligado verificar en cada supuesto la concurrencia de las específicas razones de urgencia o de excepcional interés público que legitiman la utilización de un procedimiento tan excepcional como el presente, que en razón precisamente de su carácter excepcional exige

una motivación que satisfaga mínimamente las exigencias que el uso de tan exorbitante potestad supone.

“Pues bien, descendiendo, sobre la base de estas premisas, al examen del caso, coincidimos con la Sala de la instancia, cuyo criterio compartimos por entero, en que el acudir a una facultad excepcional como la presente requiere un especial rigor en la justificación de su ejercicio, que no cabe apreciar en este caso, pues la motivación que se ha querido dar para la actuación examinada resulta ciertamente insuficiente.

“No debe olvidarse que si la empresa pública Canal de Isabel II se dirige el 16 de enero de 2007 al secretario general técnico de la Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, comunicando el interés general de la ejecución de la modificación del proyecto de las obras de consolidación, impermeabilización y ajardinamiento sobre la cubierta n.º 3 del Canal de Isabel II en la Avenida de las Islas Filipinas, y solicitando su tramitación por la vía del artículo 161 de la Ley del Suelo madrileña, es fundamentalmente como consecuencia de los reparos que anteriormente el Ayuntamiento había manifestado a la segunda solicitud de licencia de 13 de octubre de 2006 del nuevo proyecto, cuya modificación había justificado el Canal, al parecer, como consecuencia de las protestas vecinales, y todo ello sin tratar de solventar las objeciones de naturaleza urbanística puestas de manifiesto por el Ayuntamiento de Madrid en el ejercicio de las competencias que legal y ordinariamente le corresponden, salvo para afirmar –sin corresponderle– su ajuste al planeamiento urbanístico, y sin hacer el más leve intento de ajustar el proyecto presentado a la ordenación urbanística en los términos señalados por el Ayuntamiento, ni de justificar, legal o técnicamente, la imposibilidad material del mismo; sino limitándose, simplemente y sin otro fundamento, a apuntar que ‘considera que no resulta posible, ni pertinente su adaptación al planeamiento urbanístico’, que es el razonamiento que el Acuerdo del Consejo de Gobierno impugnado asume, haciéndolo suyo, para justificar la declaración de excepcional interés general de la ejecución del proyecto controvertido, incurriendo en una evidente y notoria falta de justificación.

“De todo ello se desprende, con meridiana claridad, que el excepcional interés público –y no otro– que demanda la correcta interpretación del artículo 161 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, en la línea de sus antecedentes legislativos contenidos en los citados artículos 180 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, 244 del Texto Refundido de la

Ley del Suelo de 1992 y la disposición adicional décima del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, no está motivado en el caso de autos, pues responde al intento de sustraerse a la aplicación de las reglas de autorización y disciplina urbanística que, en materia urbanística, corresponde a los Ayuntamientos ex artículo 25.2 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y no a la existencia de razones excepcionales de interés público que, de haber concurrido en el presente caso, tendrían que haberse puesto convenientemente de manifiesto.

“Esto es, la Administración de la Comunidad de Madrid debería haber justificado las razones de excepcional interés público que le llevaban a realizar e imponer un proyecto distinto del legal y diferente también, como ha sido el caso, de aquel primitivo para el que sí obtuvo una primera licencia de obras otorgada en fecha 18 de marzo de 2003, que justificara el empleo de la extraordinaria potestad prevista en el mencionado artículo 161 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid; justificación que para la reforma del proyecto y la nueva solicitud presentada no ha sido realizada, al no razonarse por qué no se podía adaptar el proyecto a las deficiencias advertidas por el Ayuntamiento de Madrid, ni explicar la concurrencia de un interés general tan relevante y cualificado como para mantener el nuevo proyecto a pesar de contravenir las determinaciones contenidas en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid”.

El Tribunal de instancia había fundamentado su decisión con extremado rigor jurídico, con base en las siguientes consideraciones, que por su interés transcribimos, en cuanto reconoce que el mencionado artículo 161 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid no atribuye competencias a la Administración autonómica para fiscalizar las decisiones de los Ayuntamientos en materia de concesión de licencias urbanísticas:

“[...] ‘el art. 161 no confiere competencia a la Comunidad de Madrid para fiscalizar o juzgar las decisiones de los Ayuntamientos sobre la concesión o denegación de licencias urbanísticas, como tampoco lo hacían a la Administración central los arts. 244 TRLRS y 180 TRLS. Así pues, resulta superflua la fundamentación del acto recurrido acerca de las vulneraciones del Plan de Ordenación Urbana de Madrid por el proyecto del Canal, fundamentación que concluye en el sentido de negar las infracciones que motivan el rechazo de la licencia. Solamente los tribunales disponen de la facultad de revisar la denegación de la licencia en el seno del procedimiento judicial. Nótese que el art. 161 tan

citado no prevé una traslación de la competencia urbanística a favor de la Administración autonómica, de manera que, a modo de instancia superior, resuelva sobre el ajuste al planeamiento de sus propios proyectos. Por el contrario, el precepto respeta la esfera de decisión municipal y parte de la presunción de validez del criterio del Ayuntamiento, presunción que ha de prevalecer hasta su formal anulación aunque solo sea en virtud del principio general que acoge el art. 57 LRJ-PAC.

“‘Dicho de otro modo, no es que la norma del art. 161 confiera a la Comunidad la última decisión ante su discrepancia con el Ayuntamiento sobre la normativa urbanística, sino que autoriza a aquella a eludir las consecuencias de la infracción de esta normativa cuando la obra tenga un excepcional interés general y no sea posible acoplarla al planeamiento’”.

Advierte la Sala que la potestad de la Comunidad es excepcional y posee un alcance subsidiario ante la imposibilidad de ajustar el proyecto a las normas urbanísticas, y matiza, con cita de la jurisprudencia, que solo cuando no resulte posible conformar los actos previstos al planeamiento existente, y el excepcional interés público exija no solo proceder por vía de urgencia –que exime de solicitar previamente la licencia municipal–, sino además no respetar el planeamiento establecido, cabrá apartarse de este. Por añadidura –advierte la Sala– el deber de motivar el interés general del proyecto que exige el artículo 161 no versa sobre el proyecto en su totalidad, sino particularmente sobre las características o los elementos del mismo no acomodados a las normas urbanísticas, esto es, el excepcional interés general no ha de afectar únicamente a la obra considerada como un todo, sino también a las concretas características de la misma que contrarían el planeamiento y determinan la ilegalidad urbanística del proyecto.

Proyectadas estas consideraciones sobre el caso, dice la sentencia (fundamento jurídico séptimo):

“En el caso que nos ocupa no ofrece duda que la ejecución del proyecto de autos es de interés general. Afecta a una infraestructura esencial como es uno de los depósitos de agua de Madrid y, entre otros fines, tiene el de dotar de parques y espacios deportivos públicos a una superficie considerable ubicada en una zona céntrica de la ciudad.

“Ahora bien, no todo el proyecto es opuesto a la normativa urbanística. Los inconvenientes que apreció el Ayuntamiento de Madrid son muy concretos y recaen únicamente sobre las instalaciones de golf, el ce-

rramiento que exigen las mismas y los tres nuevos pabellones proyectados. Son estos tres extremos sobre los que habría de versar la motivación del interés general y la comprobación de la imposibilidad de adecuarlos a las normas urbanísticas, pues no ha de perderse de vista que la facultad del art. 161 es siempre subsidiaria a la inviabilidad de adecuar el proyecto a la legalidad.

“No obstante, la única alusión que para el acto recurrido merece esta cuestión es la reflejada en su apartado VII *in fine*, donde se justifica el ‘indudable y excepcional interés público’ en la incorporación al proyecto de ‘nuevas y avanzadas instalaciones para el desarrollo de deportes que cuentan con numerosos aficionados en la Comunidad de Madrid, como son el *paddle* y el golf’.

“Esta motivación resulta notoriamente insuficiente.

“Téngase presente que nos hallamos ante el ejercicio de una facultad discrecional y, además, excepcional, que conlleva en definitiva una contravención normativa por razones de interés público, con la posterior modificación de la misma. No es irrazonable esperar un mayor rigor o intensidad en la justificación del ejercicio de tal potestad. La motivación del Acuerdo es, por un lado, excesivamente genérica, pues sin disponer de otros datos algo más concretos sobre la demanda relativa al deporte del golf, cuyas instalaciones son las únicas contrarias al planeamiento, y a los recursos ya existentes para satisfacer a los aficionados, no es apreciable la generalidad y excepcionalidad de este interés. Pero, principalmente, no hay mención alguna del excepcional interés público en disponer de tan especiales instalaciones en el lugar donde se ubica el depósito número 3 del Canal, y tampoco a los eventuales impedimentos arquitectónicos o de otra índole para sustituir el vallado perimetral y los pabellones por otros elementos y construcciones apropiados a las normas urbanísticas. Es más, el Canal, en la comunicación dirigida a la Comunidad, señalaba respecto a la eventualidad de acomodar el proyecto al planeamiento que ‘no resulta posible, ni pertinente’. Es irrelevante que resulte o no ‘pertinente’, pues lo que el art. 161 exige es la imposibilidad, no la inconveniencia o la falta de oportunidad. Y ni en esa comunicación ni en el Acuerdo del Gobierno se exterioriza causa alguna por la que no sea factible transformar las previsiones del nuevo proyecto para acomodarlas al PGOU.

“[...]

“Debe concluirse que la función de esta Sala no alcanza al enjuiciamiento del ajuste a la legalidad urbanística del proyecto del Canal, cuestión que intenta

susitar la letrada de la Comunidad aportando los argumentos destinados a contradecir los informes municipales.

“La decisión del Ayuntamiento sobre la concesión de la licencia es un acto administrativo que dispone de presunción de legalidad y su adecuación o no a la normativa urbanística, es totalmente ajena a este pleito. Además, la Comunidad de Madrid, mediante el acto recurrido, ha utilizado una prerrogativa o remedio legal que no contempla ni permite el cuestionamiento del criterio del Ayuntamiento sobre la acomodación o no del proyecto al planeamiento urbanístico.

“La esfera de la competencia de esta Sala en el seno del proceso queda delimitada en los términos que apreció el Tribunal Constitucional en las ya citadas SS 56/1986 y 149/1998, en el sentido de que los acuerdos que en aplicación de los indicados preceptos legales dicte la Administración son impugnables ante los tribunales, a los que corresponde decidir si se han dado los presupuestos de urgencia y excepcional interés público y si, en su caso, era necesario apartarse del planeamiento establecido. Dicha decisión, en virtud de los datos y alegaciones con los que cuenta la Sala para resolver, ha de ser en el presente supuesto de contenido negativo”.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012 (RC 4983/2011), que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2011, que anuló las resoluciones de la Consejería de Cultura y Turismo de la Comunidad de Madrid de 22 de octubre y 27 de junio de 2007, demuestra la confrontación existente entre el Ayuntamiento de Madrid y la Comunidad Autónoma de Madrid, respecto de la necesidad de incoar un expediente de declaración del Teatro Albéniz como bien de interés cultural.

Efectivamente, en este proceso contencioso-administrativo se aprecia la diferente sensibilidad del Ayuntamiento de Madrid y de la Comunidad Autónoma de Madrid, respecto de la salvaguarda de los valores y bienes culturales, puesto que con anterioridad el Teatro Albéniz había sido incluido en el catálogo de edificios protegidos –uso vinculado al teatro–, en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, aprobado en 1998, aunque, en este concreto recurso, mantuviera una posición procesal de pasividad, al entablarse entre los solicitantes de la declaración de

bien de interés cultural, la propiedad del teatro y la Comunidad de Madrid.

El Tribunal Supremo, en cuanto inadmite el tercer motivo de casación por sustentarse en la infracción de normas del derecho público de la Comunidad Autónoma de Madrid –Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid–, cuya interpretación está reservada a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirma la fundamentación de la Sala de instancia sobre el carácter reglado de la decisión de incoar el procedimiento de declaración de bien de interés cultural, como también lo es el acto final de dicha declaración, aunque, en este concreto supuesto, la potestad administrativa se encuentra legalmente definida mediante conceptos jurídicos indeterminados, que no son lo mismo que potestad discrecional.

La Sala de instancia funda el carácter reglado del procedimiento de declaración de un bien de interés cultural y de la decisión que culmina el procedimiento, con base en los siguientes razonamientos:

“[...] Así se desprende de la regulación contenida en la Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, en la que se definen dos categorías sustanciales de bienes culturales protegidos, la de ‘bien de interés cultural’ y la de ‘bien incluido en el Inventario’, tal y como se explica en su Preámbulo:

“‘Se ha conservado la figura de protección establecida por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, de *Bien de Interés Cultural*; así serán declarados los bienes culturales más destacados del patrimonio histórico en la Comunidad de Madrid [...] Se ha introducido una figura intermedia de protección, la de bien incluido en el Inventario, para aquellos que, sin tener el valor excepcional de los anteriores, posean especial significación e importancia que les hagan acreedores de un régimen de protección superior al del resto de los bienes culturales’.

“En este caso, los recurrentes han solicitado para el Teatro Albéniz la categoría de mayor protección que es la de ‘bien de interés cultural’ y, en concreto, en la clase de ‘Monumento’, categoría y clase que aparecen definidas en el art. 9 en relación con el art. 1.3 de la Ley autonómica.

“Y así, dispone el art. 9.1 que ‘Los bienes muebles e inmuebles, así como los hechos culturales y obras de la naturaleza integrantes del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, que reúnan de forma singular y relevante las características previstas en el

art. 1.3 de la presente Ley, serán declarados bienes de interés cultural’.

“Y el art. 1.3 dispone que ‘Integran dicho patrimonio, los bienes muebles e inmuebles de interés cultural, social, artístico, paisajístico, arquitectónico, geológico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico y técnico, así como natural, urbanístico, social e industrial, relacionados con la historia y la cultura de la Comunidad. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los conjuntos urbanos y rurales, los lugares etnográficos, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques de valor artístico, histórico o antropológico y aquellos bienes inmateriales que conforman la cultura popular, folclore, artes aplicadas y conmemoraciones tradicionales’.

“Y en fin, entre las diversas clases de ‘bienes de interés cultural’ se encuentra la de ‘Monumento’ que es definida en el art. 9.2.a) de la Ley como ‘la construcción u obra producto de la actividad humana de relevante interés cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico, artístico, etnográfico, científico o técnico, con inclusión de los muebles, instalaciones y accesorios que expresamente se señalen como parte integrante del mismo y que por sí solos constituyan una unidad singular. Dicha consideración de Monumento es independiente de su estado de conservación, valor económico, antigüedad, titularidad, régimen jurídico y uso’.

“La inclusión de los bienes de interés cultural en cualquiera de las clases mencionadas en la Ley, entre las que se encuentra la aquí solicitada de Monumento, ‘se realizará mediante expediente administrativo incoado por la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid’ (art. 9.2). Y ‘la incoación del expediente de declaración, determinará, respecto del bien afectado, la aplicación inmediata del régimen de protección previsto en la presente Ley para los bienes ya declarados. En el caso de los bienes inmuebles la incoación del expediente producirá, desde su notificación al Ayuntamiento correspondiente, la suspensión de la tramitación de licencias municipales, así como la suspensión de los efectos de las ya concedidas. No obstante, el órgano competente podrá autorizar la realización de obras necesarias para su conservación y mantenimiento, que manifiestamente no perjudiquen la integridad y valores del bien, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 16.1 y 2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio’ (art. 10.4).

“Como puede apreciarse, la definición de qué sea bien de interés cultural, y dentro de estos, del definido

como 'Monumento', se realiza por la ley autonómica mediante conceptos jurídicos indeterminados que habrán de ser integrados por la Administración con el correspondiente margen de apreciación que ello entraña derivado de la indeterminación normativa en su definición, dado que se trata de conceptos indeterminados que integran juicios de valor o técnicos, proceso de integración que ha de realizarse a través del correspondiente expediente de declaración. Pero si se concluye que se dan las características legalmente definitorias de un bien como 'bien de interés cultural', la Administración no puede optar por declararlo así o no por criterios de oportunidad, sino que necesariamente habrá de efectuar la declaración de bien de interés cultural prevista en la ley. Una cosa es el margen de apreciación del que está dotada la Administración para integrar el concepto jurídico indeterminado formado por juicios de valor o técnicos (reunir 'de forma singular y relevante' 'interés cultural, artístico, arquitectónico, arqueológico', etc.) y otra bien distinta que este margen de apreciación en la integración del concepto suponga el ejercicio de una potestad discrecional.

"Y otro tanto ocurre con la decisión de incoación del procedimiento de declaración como bien de interés cultural, decisión de incoación en la que la ley tampoco se remite a criterios de oportunidad o a juicios subjetivos de la Administración que es lo característico de la potestad discrecional. La Comunidad de Madrid parece deducir el carácter discrecional y no reglado de la potestad de decisión de incoación del procedimiento de declaración de bien de interés cultural de la dicción literal del art. 10.1 de la Ley estatal 16/1985, cuando dice que 'Cualquier persona podrá solicitar la incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural. El organismo competente decidirá si procede o no la incoación'. Ahora bien, esta facultad de decidir si procede o no la incoación a lo que hace referencia, según entendemos, es al carácter de oficio de la potestad de iniciación misma, esto es, a que la Administración no se encuentra vinculada por la solicitud efectuada por los particulares, siendo a la propia Administración, y no a los particulares, a la que corresponde decidir si el procedimiento ha de incoarse o no, pero no convierte tal decisión de la Administración en discrecional, sino que si concurren circunstancias suficientes para entender que se dan los elementos legales definitorios de un bien como 'bien de interés cultural', está obligada a incoar el procedimiento.

"Ciertamente, en el momento de la incoación no es posible para la Administración tener la certeza de

que concurren en el bien de que se trate las características legalmente definitorias de la categoría de 'bien de interés cultural', pues se trata de una categoría legalmente definida mediante conceptos jurídicos indeterminados para cuya integración está prevista, precisamente, la tramitación del completo procedimiento de declaración de bien de interés cultural, de forma que solo al final del procedimiento podrá tenerse la certeza de que el bien de que se trate encaja o no en la definición legal de 'bien de interés cultural'. Pero esto tampoco significa que la Administración pueda, sin más, adoptar la decisión de incoación por la mera solicitud de particulares. Debe, a este respecto, tenerse en cuenta que la propia decisión de incoación lleva aparejadas importantes limitaciones para los propietarios del bien concernido por la incoación (art. 10.4 de la Ley autonómica 10/1998). Por ello, la Administración, en el momento de la incoación, si bien no puede tener la certeza de que concurren los elementos legales definitorios de un bien como 'bien de interés cultural', ha de tener, en todo caso, para que tal iniciación no pueda tildarse de arbitraria, indicios bastantes y suficientes de la existencia de las características legalmente definitorias de un bien como bien de interés cultural, pero si tales indicios bastantes concurren –análisis en el que cabe a la Administración un margen de apreciación derivado de la naturaleza de juicios técnicos o de valor integradores de los conceptos indeterminados utilizados por la ley para definir un bien como bien de interés cultural–, la Administración está obligada a incoar el correspondiente procedimiento de declaración.

"Es así como debe entenderse, a nuestro juicio, el art. 10.1 de la Ley estatal 16/1985, cuando dice que 'El organismo competente decidirá si procede o no la incoación'. Lo que el legislador pretende es, pues, que, efectuada la solicitud por los particulares, antes de adoptarse la decisión de oficio de incoación, se efectúen las pertinentes indagaciones sobre si concurren circunstancias suficientes como para incoar el procedimiento ya que la propia decisión de incoación, como hemos visto, lleva aparejadas importantes limitaciones para los propietarios del bien de que se trate, pero si tales circunstancias suficientes concurren, el procedimiento habrá de ser incoado.

"Así pues, la respuesta que la Administración habrá de dirigir a los particulares solicitantes de la incoación del procedimiento es la de si concurren o no tales circunstancias bastantes de la existencia de las características legales definitorias de la clase de bien de interés

cultural solicitado y, solo en el caso de que entendiera que así no es, podría denegar la incoación del procedimiento de declaración de bien de interés cultural. O dicho de otro modo, si tales circunstancias bastantes concurren, está obligada a incoarlo. No se trata, pues, en nuestro criterio, del ejercicio de una potestad discrecional, sino reglada”.

La Sala de instancia examina ponderadamente los argumentos expuestos por los particulares peticionarios de que el Teatro Albéniz se declarase bien de interés cultural, y los razonamientos que argüía la Comunidad de Madrid, avalados con la aportación de dos informes técnicos, para llegar a la conclusión de que era procedente, ante las circunstancias singulares concurrentes, derivadas de la excepcional proyección del Teatro en la trayectoria cultural de Madrid, que se incoara el procedimiento previsto legalmente para poder resolver adecuadamente el expediente.

6. La responsabilidad del Gobierno local en la financiación de sus actividades: A) STS de 10 de diciembre de 2012 (RC 1807/2010); B) STS de 11 de marzo de 2013 (RC 6826/2009)

El ejercicio responsable de las competencias municipales por los Gobiernos locales exige el estricto cumplimiento de los compromisos económicos, financieros y contractuales contraídos, porque de ello depende la sostenibilidad de la Hacienda local.

Una de las fuentes ordinarias de financiación de los Ayuntamientos son las subvenciones públicas, destinadas a promover el desarrollo de determinadas actividades, cuyo otorgamiento se condiciona al cumplimiento de determinados objetivos de interés público.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012 (RC 1807/2010) desvela las gravosas consecuencias que para un ente local supone el incumplimiento de las condiciones impuestas en el Acuerdo de otorgamiento de la subvención, que obliga al reintegro de la ayuda concedida más los intereses.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012, confirmando anteriores pronunciamientos, rechaza el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Bailén contra la sentencia de la Audiencia Nacional que acuerda declarar la validez de la resolución del Ministro de Industria, Turismo y Comercio que exige la devolución de la subvención, con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

“[...] La naturaleza de la subvención percibida por el Ayuntamiento recurrente y el incumplimiento de las condiciones que sobre él pesaban como beneficiario constituyen elementos que han sido apreciados por la Sala de instancia mediante el examen de la prueba, el cual ha dado lugar a una valoración que no puede revisarse en los estrictos límites de la casación.

“Del contenido de la orden de convocatoria de la subvención (que sí fue objeto de publicación pese a lo afirmado por el recurrente), de la solicitud formulada por el mismo concesionario y de las órdenes de concesión, se desprende sin ninguna dificultad la disparidad de la ayuda otorgada con el tipo donde pretende incluirla el recurrente. El enunciado de la Orden CTE/329/2003, de 12 de febrero, es el siguiente: ‘Orden [...] por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas para actuaciones de reindustrialización y la convocatoria para las solicitudes de dichas ayudas en el año 2003’. En el preámbulo se enmarca la finalidad de las subvenciones ‘en el ámbito de sus políticas de reindustrialización y de dinamización tecnológica’ donde ‘trata de llevar a cabo actuaciones de apoyo tendentes a potenciar, regenerar o crear el tejido industrial’. La segunda disposición de la orden define su objeto de esta manera:

“‘Objeto y prioridades de las ayudas.—1. Podrán recibir ayudas las iniciativas que tengan por finalidad contribuir a la Reindustrialización y a la Dinamización Tecnológica de las zonas a las que se refiere el punto primero de esta Orden a través de alguna de las siguientes áreas y, dentro de ellas, de las actuaciones correspondientes:

“‘a) Área de infraestructura:

“‘a.1) Infraestructura básica y de servicios: Realización de inversiones en infraestructuras técnicas e industriales de uso común o compartido, tales como parques tecnológicos, suelo industrial, acceso a redes de transporte y de telecomunicación, etc. Asimismo, se incluye el desarrollo de proyectos que proporcionen al sector industrial servicios de diagnóstico y soluciones tecnológicas a grupos de pymes, así como de asesoramiento y gestión sobre necesidades y oportunidades de captación de negocio, de proyectos de inversión, y de procesos de internacionalización’.

“A este apartado se acogió la solicitud del Ayuntamiento de Bailén que obra en el expediente administrativo, donde se tituló el proyecto: ‘Actuaciones para reindustrializar Bailén: 2003’. Al mismo contenido respondían los datos y la memoria del proyecto aportados por el solicitante, así como las órdenes de concesión

del préstamo y de la subvención. En las últimas se reitera que su objeto es la realización por la entidad beneficiaria de la actuación de reindustrialización, se calcula la ayuda sobre el coste de la inversión, se establece un plazo de ejecución de la misma y, en definitiva, todas sus disposiciones reflejan idéntica finalidad de fomento. Igual idea se refleja en las resoluciones administrativas relativas con la obligación de reintegro, que son las recurridas en este proceso.

“Ante la evidencia que ofrecen todos estos elementos, de unívoca significación, pretender que la ayuda económica estaba destinada a financiar globalmente la actividad del Ayuntamiento es insostenible en tal medida que resulta justificada la apreciación de temeridad que hizo la Sala de instancia.

“Con la misma claridad se desprende el incumplimiento de la principal condición de la subvención. Pese a la reiterada reclamación de los justificantes de la inversión, estos no fueron entregados, y de la comprobación económica resultó que el grado de realización había sido nulo. Pero es más, el presidente de la Corporación alegó en vía administrativa que el destino de las sumas percibidas no había sido el de las inversiones que justificaban la ayuda, sino los gastos de personal y gastos corrientes por prestación de servicios de carácter obligatorio del Ayuntamiento.

“Estas razones son perfectamente trasladables a la ayuda de autos. Los fragmentos de la convocatoria y de la solicitud de la ayuda para el año 2003 que han sido transcritos coinciden totalmente con los términos de la Orden de 17 de julio de 2001 por la que se convocaban las ayudas para el año 2001 (aquí para el año 2002), así como con la correspondiente solicitud, evacuada por el Ayuntamiento el 30 de julio de 2001”.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2013 (RC 6826/2009) enseña que el ejercicio responsable de los servicios públicos por parte de los Ayuntamientos interesa también a la disponibilidad de crédito para afrontar las inversiones destinadas a garantizar su adecuado funcionamiento.

Los artículos 48 a 55 de la Ley de Haciendas Locales regulan el régimen jurídico de las operaciones de crédito que pueden concertar las entidades locales, los organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, con el objeto de cubrir sus necesidades económico-financieras.

A tenor de lo dispuesto en los artículos 19 y 23 del Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Ge-

neral de Estabilidad Presupuestaria, el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria constituye el criterio esencial para autorizar o denegar la actuación de las operaciones de crédito.

Al respecto, el artículo 25.4 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, estipula que:

“El incumplimiento del objetivo de estabilidad en el último año de vigencia del plan, será causa suficiente de denegación de la autorización de endeudamiento”.

En esta sentencia del Tribunal Supremo se revoca la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Sevilla contra las resoluciones de la Dirección General de Relaciones Financieras con las Corporaciones Locales de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía de 24 de julio de 2008, por la que se autorizaba a la Empresa Municipal de Limpieza Pública y Protección Medioambiental, S.A. del Ayuntamiento de Sevilla para formalizar una operación de crédito a largo plazo, por importe de 14 000 000 de euros, y de 16 de octubre de 2008, por la que se denegaba la autorización para la reconversión de las operaciones a corto plazo, por importe de 30 000 000 de euros, dejando sin efecto la resolución anterior, al entender que, aunque cabe distinguir las operaciones a corto plazo y las operaciones a largo plazo, resulta autorizable la petición de reestructuración de la deuda que soporta una entidad local, mediante la conversión de los créditos a corto plazo en un único crédito a largo plazo, cuando se pretende financiar inversiones y no cubrir exigencias transitorias de tesorería:

“[...] Dentro de este marco normativo, la regla general sobre el endeudamiento de las entidades locales está contenida en el artículo 48 LHL: ‘las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes podrán concertar operaciones de crédito en todas sus modalidades, tanto a corto como a largo plazo, así como operaciones financieras de cobertura y gestión del riesgo del tipo de interés y del tipo de cambio’. La extensión de esta potestad a las entidades mercantiles dependientes de las Administraciones locales es reiterada en los artículos 49.1, 53.1 y 54 del mismo texto.

“Las dos clases de crédito son objeto de una regulación individual: a los créditos a largo plazo se refieren

los artículos 49.1 y 53.1, y a los a corto plazo el artículo 51. En principio, la ley atribuye una distinta finalidad a estas dos clases de créditos que es coherente con las funciones que, en abstracto, están llamados a cumplir: la financiación de inversiones los créditos a largo plazo y la subvención de los gastos de funcionamiento los créditos a corto. No obstante, pese al criterio que acoge la sentencia recurrida, tales finalidades no parecen ser totalmente excluyentes. Es cierto que el artículo 49.1 otorga a los créditos a largo plazo el destino de financiar inversiones, pero también el de sustituir de modo total o parcial 'operaciones preexistentes', lo que reitera el artículo 53.1. Este último artículo, además, diferencia entre lo que constituye la sustitución de operaciones preexistentes y lo que es una mera modificación de las condiciones contractuales o la estipulación de garantías adicionales a créditos a largo plazo vigentes. De este modo, la sustitución de operaciones preexistentes que contempla la ley no queda limitada a un simple reemplazo de créditos de igual naturaleza, es decir, a la sustitución de anteriores operaciones de crédito a largo plazo concertadas para financiar inversiones.

"Sin embargo, esta es la tesis que defiende la Comunidad recurrida con apoyo en el número 3 del artículo 53, el cual dispone: 'No será precisa la presentación del plan de saneamiento [...] en el caso de autorización de operaciones de crédito que tengan por finalidad la sustitución de operaciones de crédito a largo plazo concertadas con anterioridad, en la forma prevista por la ley, con el fin de disminuir la carga financiera o el riesgo de dichas operaciones, respecto a las obligaciones derivadas de aquellas pendientes de vencimiento'. Pero esta prevención parece referirse al caso de meras modificaciones de las condiciones contractuales o adición de garantías que menciona el primer número del artículo 53, lo que justifica la supresión de requisitos encaminados a asegurar el buen fin económico de la operación. En cualquier caso, la norma transcrita regula una muy concreta eventualidad, y de ella no se deduce la prohibición de la sustitución de créditos como los aquí controvertidos.

"La aceptación de créditos a largo plazo para refinar créditos a corto es congruente con la interpretación que preconizan las sentencias de esta Sala que cita el recurrente, en cuanto afirman que la 'permisibilidad de acudir al crédito es la regla general –art. 49 LHL–, mientras que su rechazo o condicionado, la excepción, y como tal ha de interpretarse restrictivamente, con la exigencia de una adecuada causa y congruencia con la situación del ente local'.

"En lo que respecta a este caso. La finalidad del crédito cuya autorización se solicitaba era la de renovar la deuda financiera a corto plazo contraída por LIPASAM y que había sido objeto de prórroga para el año 2008. Conforme al Plan económico-financiero de esta entidad y los diversos informes técnicos que obran en autos, la deuda a corto plazo consistía en 10 pólizas de crédito de 3 millones de euros cada una, concertadas con distintas entidades financieras y destinadas a cubrir los mayores gastos de explotación que había provocado el incremento de su actividad en los ejercicios comprendidos entre los años 2000 y 2007. Los créditos a corto plazo generaron un desequilibrio financiero como consecuencia de que el exigible a corto plazo superaba el activo circulante, y la solución presentada por LIPASAM conlleva la reestructuración de la deuda mediante su conversión en un único crédito a largo plazo.

"No nos hallamos, por tanto, ante la hipótesis que contempla la Sala de instancia, pues los créditos que serían sustituidos por la operación a largo plazo no tuvieron por objeto solucionar problemas puntuales y transitorios de tesorería, sino a la necesidad de atender a un desfase económico estructural consecuencia de la insuficiencia de los medios para hacer frente a los servicios".

7. Epílogo: apuntes críticos sobre la sostenibilidad del Gobierno local

La racionalización de las estructuras institucionales y administrativas de los entes locales no solo debe abordarse desde un prisma de mejorar la eficiencia de la Administración local, o desde la óptica de contención del gasto público, sino, esencialmente, desde una perspectiva constitucional y democrática, que parte de la caracterización de los municipios y provincias como entes descentralizados del poder público, que articulan territorialmente el Estado, y que ejercen competencias en régimen de autonomía en beneficio de los intereses de la colectividad.

El profesor de la Universidad de Santiago de Compostela Marcos Almeida ha destacado que "No cabe duda de que el régimen local español, desde hace años, necesita ser repensado, pero el objetivo que debe guiar esta labor ha de ser el de diseñar un nuevo orden local con vocación de perdurabilidad, basado en la justa ponderación de los principios estructurales que han de inspirar todo ordenamiento local moderno (au-

tonomía, subsidiariedad, proximidad, sostenibilidad, eficacia y eficiencia), y no el de articular un sistema provisional 'anticrisis', edificado sobre criterios exclusivamente económicos y coyunturales (como la reducción de la deuda y del déficit públicos)" ("La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la Administración local", *La planta del Gobierno local*, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo y Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2013, págs. 61 y ss.).

Por ello, antes de adoptar decisiones sobre la reforma del régimen local, tendentes a garantizar la sostenibilidad económico-financiera de los Ayuntamientos y del Estado en su conjunto, que puedan comprometer de forma inexorable la pervivencia de determinados entes locales –supresión de provincias, municipios con escasa población y entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio–, es necesario reflexionar sobre la naturaleza dual de los municipios, como advierte este autor, como instancia primaria de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, y como Administración pública, a quien se atribuye la gestión de los servicios públicos esenciales para la comunidad local.

La reforma del Gobierno local, como ha puesto de relieve el catedrático de Ciencias Políticas de la Universidad de Darmstadt, Hubert Heinelt, es un elemento determinante de la calidad democrática de un Estado, que debe ser abordado por los responsables políticos no solo desde la perspectiva de su eficacia y de su eficiencia, sino también de su legitimidad, es decir, de su aceptación y apoyo por parte de los ciudadanos y la sociedad, lo que resulta decisivo para que pueda desplegar su efecto vinculante ("Posibles reformas de la estructura institucional del Gobierno local en España en el seno del 'Estado de las Autonomías'. Perspectiva comparada a la luz de los debates y recientes reformas

sobre el Gobierno local en los Estados miembros de la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio de 2012, págs. 40 y ss.).

La Constitución de 1978 ha establecido un diseño de los entes locales cimentado y asentado en la garantía del principio de autonomía local, que no puede degradarse por el legislador, reduciendo indiscriminadamente las atribuciones competenciales o el ámbito de actuación derivado de su configuración como Administración más cercana a los ciudadanos (*vid.* BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 1999).

La introducción del principio de estabilidad presupuestaria en la Constitución, tras la reforma de 27 de septiembre de 2011, como criterio delimitador de las actuaciones de las Administraciones Públicas, no aboca necesariamente a reducir las estructuras institucionales de carácter municipal o aminorar el catálogo de servicios que deben prestar los entes locales, sino a plantearse la reforma del sistema de financiación local, de modo que las Corporaciones locales puedan ejercer sus competencias en términos de sostenibilidad económica y eficiencia (*vid.* EMBID IRUJO, Antonio, "Reforma de la planta municipal y prestación de servicios locales", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio de 2012, págs. 99 y ss.).

La defensa de la autonomía local compromete, por mandato de la Constitución, al Tribunal Constitucional y a los tribunales contencioso-administrativos, que deben hacer aflorar, en el control de constitucionalidad de las normas con rango de Ley y en el control de legalidad de la potestad reglamentaria, los principios democráticos y sociales que identifican y estructuran al poder local. ■

Tributos, derecho de la Unión Europea y entidades locales*

Dimitry Berberoff Ayuda

*Magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
Antiguo letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

1. Introducción
2. Sujeción al impuesto sobre el valor añadido de los servicios públicos prestados por entidades en régimen de gestión directa; SSTs de 16 de mayo de 2011 y de 20 de febrero de 2012, rec. 6012/2008
3. Adaptaciones recientes del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, como consecuencia de la incidencia de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior
4. La problemática de la incidencia de la Directiva de Servicios sobre la noción de prestación de servicios públicos de competencia local (como hecho imponible de la tasa)
5. Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local con relación a los operadores de telefonía móvil

Resumen

Pese a la ausencia de armonización sobre determinadas figuras tributarias, la incidencia transversal del derecho de la Unión Europea se ha puesto de manifiesto recientemente a partir de determinados pronunciamientos jurisdiccionales que han generado un intenso debate en la comunidad jurídica.

El nuevo régimen de intervención diseñado por la Directiva de Servicios parece trascender la propia exclusión que contiene con relación al derecho tributario, proyectándose sobre concretas figuras tributarias de la Administración local.

Asimismo, recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo asumen el acervo comunitario para proyectarlo sobre ciertos servicios públicos locales prestados en régimen de gestión directa (en el caso del IVA), o incluso para sugerir una revisión de los mecanismos de financiación de la prestación de servicios públicos de competencia local (abastecimiento de agua).

Respecto a la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local con relación a los operadores de telefonía móvil, se da cuenta de la STJUE de 12 de julio de 2012 y de sus implicaciones en la jurisprudencia contencioso-administrativa.

Palabras clave: *Unión Europea; tributos; IVA; gestión directa de servicios públicos; incidencia Directiva Servicios; tasa local operadores telefonía móvil.*

* Esquema-guion de la conferencia pronunciada en el quinto seminario del *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda 2013*, organizado desde la Diputación de Barcelona en colaboración con la Escuela de Administración Pública de Cataluña y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y celebrado en Barcelona, el 24 de mayo de 2013.

Taxes, European Union Law and local entities

Abstract

Despite the lack of harmonization of some taxes, the horizontal effect of European Union Law has been clear recently through several judgments that have generated an intense debate among the legal community.

The new system for administrative intervention designed by the Services Directive impacts on some taxes, despite the fact that it provides that is not applicable to the field of tax law.

Moreover, recent case-law of the Spanish Supreme Court has applied European Union Law to several local public services which are directly managed (the VAT's case) and it has suggested a revision of the financial mechanisms of public local services (water supply's case).

In relation to the tax for private or special use of public local domain by the mobile telephone carriers, it is analyzed the judgment of the Court of Justice of the European Union of 12 July 2012 and its implications for the case-law of the Spanish administrative-contentious courts.

Keywords: *European Union; taxes; VAT; direct management of public services; impact of Services Directive; local taxes on mobile telephone carriers.*

1. Introducción

En los últimos tiempos presenciamos una evidente incidencia práctica del derecho de la Unión Europea sobre el ámbito tributario, en general, y respecto de las Haciendas locales, en particular.

Dicha circunstancia no responde a una suerte de permeabilidad entre dos sistemas jurídicos diferenciados, sino a la recta aplicación de una normativa que se caracteriza por su primacía en el escenario definido por la cesión de soberanía (con la consiguiente recepción del acervo comunitario) que comportó nuestra incorporación a la extinta Comunidad Económica Europea.

Las reacciones de la colectividad jurídica ante ciertos pronunciamientos judiciales recientes ilustran, quizás, la dificultad de asimilar que la norma comunitaria esté llamada a vertebrar la hermenéutica del derecho interno en ámbitos tales como el de la fiscalidad directa, o sobre cuestiones aparentemente inmunes a sus dictados –por ubicarse bajo la égida de la protección del principio de autonomía procesal de los Estados miembros–, obviando, en realidad, que, desde perspectivas sectoriales concretas, la protección que otorga el derecho de la Unión Europea a sus ciudadanos reclama soluciones diferentes.

Como ejemplo, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, estos deben ejercerla respetando el derecho de la Unión (sentencias de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C 334/02, apartado 21;

de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C 319/02, apartado 19; y de 16 de junio de 2011, Comisión/Austria, C 10/10, apartado 23), en particular, las libertades fundamentales, la competencia, y la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso.

Por tanto, no es del todo correcto afirmar que la Unión carezca de títulos habilitantes concretos para incidir sobre la fiscalidad directa, desde el momento que debe materializar los designios de aproximar legislaciones en el ámbito del mercado interior y de evitar distorsiones en su funcionamiento, en un nada despreciable ramillete de productos normativos vinculantes [entre otros, por ejemplo, por lo que respecta a sociedades, la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DO L 310, pp. 34/46); y la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 345, pp. 8/16). Por seguir con los ejemplos, para la eliminación de la doble imposición, la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DO L 157, pp. 38/48); y la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cán-

nes efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DO L 157, pp. 49/54)].

Otro ejemplo reciente, conocido por todos, lo suministra la STJUE de 14 de marzo de 2013, Mohamed Aziz, C-415/11, cuya proyección sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria no se entiende si no se toma en consideración la protección del consumidor dispensada por la Unión Europea, a través de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En fin, la incidencia del derecho de la Unión sobre un ámbito como el de los tributos locales –en principio excluido de su competencia– puede venir determinada a través de una concreta normativa sectorial (como por ejemplo, las directivas de telecomunicaciones), como ilustra la STJUE de 12 de julio de 2012 (C-55/11, C-57/11 y C-58/11) que resolvió las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestro Tribunal Supremo, por las que indagaba la compatibilidad comunitaria de las ordenanzas relativas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en el caso de las operadoras de telefonía móvil.

Esta exposición quedará limitada a dar cuenta –desde la perspectiva estrictamente comunitaria– de ciertas novedades legislativas y de algunos de los pronunciamientos recientes emitidos en materia tributaria por el TJUE, el TS y el TSJC, y que proyectan su incidencia sobre la Administración local.

2. Sujeción al impuesto sobre el valor añadido de los servicios públicos prestados por entidades en régimen de gestión directa; SSTs de 16 de mayo de 2011 y de 20 de febrero de 2012, rec. 6012/2008

De acuerdo con el artículo 7.8.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, no estarán sujetas al impuesto:

“Las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por los entes públicos mediante contraprestación de naturaleza tributaria.

“Tampoco estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por los entes públicos cuando se efectúen en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional cuyas operaciones principales se realicen mediante contraprestación de naturaleza tributaria.

“A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se

considerarán operaciones principales aquellas que representen al menos el 80 por 100 de los ingresos derivados de la actividad.

“Los supuestos de no sujeción a que se refiere este número no se aplicarán cuando los referidos entes actúen por medio de empresa pública, privada, mixta o, en general, de empresas mercantiles.

“No obstante lo establecido en los párrafos anteriores de este número, estarán sujetas al impuesto, en todo caso, las entregas de bienes y prestaciones de servicios que los entes públicos realicen, en el ejercicio de las actividades que a continuación se relacionan:

“a) Telecomunicaciones.

“b) Distribución de agua, gas, calor, frío, energía eléctrica y demás modalidades de energía.

“c) Transportes de personas y bienes.

“d) Servicios portuarios y aeroportuarios.

“e) Obtención, fabricación o transformación de productos para su transmisión posterior.

“f) Intervención sobre productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de estos productos.

“g) Explotación de ferias y de exposiciones de carácter comercial.

“h) Almacenaje y depósito.

“i) Las de oficinas comerciales de publicidad.

“j) Explotación de cantinas y comedores de empresas, economatos, cooperativas y establecimientos similares.

“k) Las de agencias de viajes.

“l) Las comerciales o mercantiles de los entes públicos de radio y televisión, incluidas las relativas a la cesión del uso de sus instalaciones.

“m) Las de matadero”.

Fuera de estos supuestos, la dificultad reside en determinar si la prestación de determinados servicios o el ejercicio de actividades por parte de las corporaciones locales (distintas a las enunciadas por el precepto) se encuentran o no sujetos.

A estos efectos, la STS de 20 de febrero de 2012 resulta interesante, al aclarar algunas cuestiones:

El planteamiento del problema

La Diputación Provincial de Valencia, competente para prestar el servicio de depuración de aguas residuales a determinados municipios, optó por suministrarlo a través de una sociedad mercantil participada por ella, la Empresa General Valenciana del Agua, S.A. (“EGEVA-SA”), a la que encargó la construcción de varias depuradoras. Esta empresa, una vez acabadas las obras, las entregó a la Diputación, facturando el precio más el correspondiente impuesto sobre el valor añadido.

Posteriormente, la Diputación decidió prestar el servicio también a través de EGEVASA, a la que cedió gratuitamente la gestión de aquellas depuradoras, siendo facturado por dicha compañía a los ayuntamientos el servicio, repercutiendo el tributo en cuestión.

Si bien sobre la anterior descripción no existió controversia, la discrepancia se produjo en torno a la negativa por parte de la Inspección a admitir la deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por la construcción de las depuradoras que EGEVASA más tarde repercutió a la Diputación. Consideró que la Diputación no realizaba ningún tipo de actividad empresarial, al prestarse el servicio por la mercantil EGEVASA; concluyó que al no tener la Diputación actividad empresarial, las cantidades soportadas no podían ser objeto de deducción.

En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia se dijo:

"[...] la Sala concluye que el artículo 7.8.º segundo párrafo, conlleva la sujeción al IVA de los servicios públicos prestados por entes públicos ya sea directamente o bien mediante gestión indirecta, pues si atenderemos a la normativa de las Administraciones locales, diferencian entre los supuestos de gestión directa de los servicios públicos locales, ya sea por la propia entidad local, o bien por organismo autónomo local, entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma, y los casos de gestión indirecta, mediante la concesión, la gestión interesada, el concierto o la Sociedad de Economía Mixta en la que la Administración participe en concurrencia con otras personas naturales o jurídicas, empresa mixta a la que también refiere el citado artículo 7.8.º de la LIVA, o en todo caso estamos en presencia de una empresa mercantil.

"[...] no hay duda de que el servicio de depuración de aguas residuales se encuentra sujeto al IVA, como sostiene la actora, pero el problema surge cuando de las manifestaciones contenidas en la demanda, y del contrato marco, resulta evidente que la actividad de EGEVASA no es para con la Diputación, sino para con los destinatarios de los servicios, de forma que la Diputación no presta directamente el servicio ni cobra por el mismo, sino que lo hace la propia entidad EGEVASA, por lo que esta no puede identificarse como pretende la recurrente con la Diputación como si fuera esta, de forma que la repercusión del IVA del servicio de depuración de aguas residuales por parte de EGEVASA, permitiera en aplicación del artículo 94 de la LIVA a la Di-

putación deducir el IVA soportado en la promoción de la construcción de las depuradoras.

"[...] hay [que] diferenciar dos operaciones distintas, la prestación de servicios de depuración de aguas residuales, al que ya hemos hecho alusión, y la cesión gratuita de la explotación de la depuradoras a la entidad EGEVASA.

"Y respecto de esta última, como sostiene el abogado del Estado, la cesión gratuita de la explotación de las depuradoras a EGEVASA, se califica como prestación de servicios, que constituye uno de los hechos imponible del impuesto, pero en la medida en que la prestación de dicho servicio se hace por el ente público directamente a la entidad EGEVASA, dicha operación debe reputarse como no sujeta, en aplicación del artículo 7.8.º de la Ley 37/1992 anteriormente citada.

"[...]".

En suma, la Sala de instancia, pese a reconocer que esa prestación estaba sujeta y no exenta del impuesto sobre el valor añadido, confirmó la improcedencia de las cuotas soportadas en la construcción de las depuradoras, porque "la cesión gratuita de la explotación de las depuradoras a EGEVASA, se califica como prestación de servicios, que constituye uno de los hechos imponible del impuesto, pero en la medida en que la prestación de dicho servicio se hace por el ente público directamente a la entidad EGEVASA, dicha operación debe reputarse como no sujeta, en aplicación del artículo 7.8.º de la Ley 37/1992".

Argumentación general

El Tribunal Supremo parte de la diferente regulación sobre el particular, contenida en las sucesivas leyes del IVA (la Ley 30/1985 y la Ley 37/1992):

– De acuerdo con el artículo 5.6.º de la Ley de 1985 quedan fuera de tributación las entregas de bienes y las prestaciones de servicios "realizadas directamente" por el Estado o las entidades en las que se organiza territorialmente, "cuando se efectúen sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria".

El Tribunal Supremo ha venido considerando que la previsión del legislador español no contradecía los términos del artículo 4, apartado 5, de la Directiva 77/388/CEE del Consejo (Sexta Directiva), conforme al que los Estados, las regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de derecho público no tendrán la condición de sujetos pasivos en cuanto "a las actividades y operaciones que desarrollen en el ejercicio de sus funciones públicas, ni siquiera en el caso de que con motivo de tales actividades u operaciones perciban derechos, rentas, cotizaciones o retribuciones".

Por tanto, hasta la promulgación de la Ley 37/1992, los servicios suministrados por una sociedad mercantil municipal con una configuración de capital totalmente pública, en la medida en que se trata de una forma de gestión directa de servicios públicos locales, no estaban sujetos al impuesto sobre el valor añadido.

– Sin embargo, el artículo 7.8.º de la Ley 37/1992, tras declarar no sujetas las entregas de bienes y las prestaciones de servicios realizadas directamente por los entes públicos sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria, precisa que tal no sujeción no opera “cuando los referidos entes actúen por medio de empresa pública, privada, mixta o, en general, de empresas mercantiles”.

Esta previsión se encontraba ya presente en el artículo 8.9 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 2028/1985, de 30 de octubre, pero la jurisprudencia la consideró un exceso reglamentario sobre la previsión del artículo 5.6 de la Ley 30/1985 (STS de 10 de marzo de 2000).

En otras palabras, a partir de la Ley 37/1992, los servicios municipales prestados por empresas mercantiles que pertenecen en su integridad a una corporación local están sujetos al impuesto sobre el valor añadido. Así lo dispone ya el legislador.

– La problemática surge, no obstante, por la existencia de pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo que inducen a confusión: SSTS de 22 de octubre de 2010 (casación para la unificación de doctrina 271/06) y 15 de diciembre de 2010 (casación para la unificación de doctrina 51/2007).

Esta última sentencia se refería a una empresa, propiedad íntegra del Ayuntamiento, cuyo objeto social era la prestación del servicio municipal de limpieza. Pues bien, en esta sentencia, ya en vigor la Ley 37/1992, se indicó que, no obstante la dicción literal del artículo 7.8, párrafo segundo, de dicha Ley, la solución debía ser la misma que cuando regía la Ley 30/1985, porque se entendió que el mencionado precepto legal no recoge fielmente el sentido de la norma contenida en el artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva, concluyendo que “la excepción a la no sujeción regulada en el artículo 7.8 siempre que intervenga en una sociedad mercantil ha de ser interpretada en el sentido de entender que lo determinante es el régimen jurídico de prestación del servicio, por lo que si se actúa bajo un régimen de derecho público no debe excluirse la no sujeción” (FJ 6.º).

– Como consecuencia de lo anterior el Tribunal Supremo acomete una auténtica rectificación de criterio

en sus SSTS de 16 de mayo de 2011 y de 20 de febrero de 2012, rec. 6012/2008, de acuerdo a la siguiente argumentación:

1.ª) El intérprete no debe, en principio, distinguir allí donde el titular de la potestad legislativa no lo hace, siendo claros y terminantes los términos del artículo 7.8, párrafo segundo, de la Ley 37/1992.

2.ª) Solo cabría preterir la previsión del legislador interno de entender que contradice los términos del artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva, por el juego de los principios de primacía y efecto directo de las normas del derecho de la Unión Europea. Pero tal no es el caso, pese al criterio de la STS de 15 de diciembre de 2010.

Dicho precepto, reproducido casi con las mismas letras en el artículo 13 de la vigente Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, niega la condición de sujetos pasivos del impuesto sobre el valor añadido al Estado, las regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de derecho público, en cuanto a la actividad y a las operaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones públicas, aun cuando perciban derechos, rentas, cotizaciones o contribuciones (párrafo primero). Ahora bien, si el hecho de no considerarlos tales provoca graves distorsiones de la competencia, deberán quedar sometidos a tributación respecto de tales actividades y operaciones (párrafo segundo). En cualquier caso, serán sujetos pasivos cuando efectúen operaciones tales como las propias de las telecomunicaciones, o de distribución de agua, gas, electricidad y energía térmica, etc. (párrafo tercero en relación con el anexo D).

3.ª) Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 10 de marzo de 2000) deja constancia de la mayor amplitud del artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva, en relación con el artículo 5.6 de la Ley 30/1985, precepto que se consideró ajustado a los términos del precepto comunitario según había sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El legislador español optó, en la Ley 30/1985, por no sujetar a tributación la prestación de servicios municipales mediante gestión directa, forma de gestión en la que se integraba la llevada a cabo mediante una empresa de total propiedad municipal. Se trataba, en realidad, del ejercicio de funciones públicas por los entes locales en el marco jurídico que les es propio, llevado a cabo en condiciones distintas que los operadores económicos privados, pues, estándose ante una sociedad mercantil participada íntegramente por el Ayuntamiento, se financia de forma distinta que una empresa

privada. En otras palabras, el legislador español de 1985 actuó en los contornos que le permitía el artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva.

4.^a) Ahora bien, la decisión del legislador de 1992 de someter a tributación las prestaciones de servicios llevadas a cabo por empresas públicas, privadas o mixtas y, en general, por sociedades mercantiles, también se produjo dentro de ese margen de maniobra, por lo que no hay razón alguna para dejar inaplicado el artículo 7.8, párrafo segundo, de la Ley 37/1992.

5.^a) La jurisprudencia comunitaria, al analizar el artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva, ha reiterado que su interpretación debe llevarse a cabo de modo que menoscabe lo menos posible la regla general, formulada en sus artículos 2, punto 1, y 4, apartados 1 y 2, según la cual toda actividad de naturaleza económica se encuentra, en principio, sujeta al impuesto sobre el valor añadido [sentencias de 16 de septiembre de 2008, *Isle of Wight Council* y otros (asunto C-288/07, apartados 38 y 44), y 12 de noviembre de 2009, Comisión/España (asunto C-154/08, apartado 112)], exigiendo la concurrencia de dos requisitos para que pueda aplicarse la regla de no sujeción recogida en aquel primer precepto: de entrada, la cualidad de organismo público, y, en segundo término, el ejercicio de actividades en condición de autoridad pública.

Tratándose del primer requisito, el hecho de que un particular (léase una empresa privada) ejerza prerrogativas de autoridad pública, no lleva como consecuencia automática que los servicios que preste queden al margen del impuesto sobre el valor añadido.

Por lo que se refiere al segundo, se ha de precisar que las actividades a las que se refiere son las que realizan los organismos de derecho público en el ámbito del régimen jurídico que les es propio, a excepción de las que desarrollen en las mismas condiciones jurídicas que los operadores privados, régimen jurídico que se determina atendiendo a la normativa interna.

6.^a) En otras palabras, con toda normalidad los organismos de derecho público en el ejercicio de sus funciones públicas realizan actividades de naturaleza económica, pero en la medida en que son expresión de prerrogativas de poder público no quedan sujetas al impuesto sobre el valor añadido, salvo que, tratándose de actividades económicas que se lleven a cabo de forma paralela por operadores privados (concesionarios, sociedades coparticipadas por el Ayuntamiento, en las que concurren al suscribir el capital social compañías privadas), la no sujeción al impuesto pueda alterar gravemente las condiciones de la competencia (artículo 4,

apartado 5, párrafo segundo, de la Sexta Directiva). Incluso, el legislador comunitario ha presumido que esa afección se produce siempre tratándose de las actividades económicas enumeradas en el anexo D de la Sexta Directiva, salvo que el volumen de las operaciones sea insignificante (párrafo tercero del mismo precepto).

La aplicación de la doctrina anterior al caso controvertido: FJ 3.º

“TERCERO.— La conclusión a la que nos conduce el anterior razonamiento choca con la sentada por la Sala de instancia, básicamente sustentada en la inviabilidad de que la Diputación se aplicara la deducción porque no era quien prestaba el servicio y no tenía actividad alguna. (1) En el presente caso, la Diputación Provincial de Valencia, titular del servicio, lo prestaba y llevaba a cabo a través de una empresa pública, con capital público en sus inicios y, más tarde, con participación privada minoritaria. (2) Las depuradoras fueron encargadas por la Diputación a la empresa pública para la gestión del servicio. (3) No se puede afirmar, a los efectos de impuesto, que la Diputación no tenía actividad, cuando de hecho era quien prestaba el servicio a través de la empresa, en principio totalmente pública y después mixta. (4) Son precisamente este tipo de situaciones y relaciones dentro del sector público a las que se refieren, para considerarlas sujetas y no exentas, los artículos 7.8 de la Ley 37/1992 y 13 de la vigente Directiva 2006/112/CE. (5) Lo contrario nos llevaría a romper la cadena del impuesto sobre el valor añadido y con ello su neutralidad, residiendo en el distribuidor o prestador del servicio la carga fiscal que debe soportar el consumidor final.

“Por todo ello, debe admitirse el derecho a la deducción por parte de la Diputación Provincial de Valencia del impuesto sobre el valor añadido que soportó en la construcción de las plantas depuradoras que encargó a la empresa pública EGEVASA”.

3. Adaptaciones recientes del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, como consecuencia de la incidencia de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior

Sin perjuicio de que la Directiva de Servicios no se aplica a la fiscalidad (artículo 2.3) —exclusión fundamentada porque “en el Tratado se prevén bases jurídicas es-

pecíficas en materia fiscal, así como atendiendo al conjunto de instrumentos comunitarios ya adoptados en esta materia” (considerando 29)—, no ha pasado por alto que el nuevo régimen de intervención que diseña (en el que control preventivo o previo resulta excepcional, solo cuando se motive por una razón imperiosa de interés general) se ha proyectado sobre figuras tributarias de la Administración local. El ejemplo es evidente en el caso del ICIO, cuyo hecho imponible se refería hasta el momento exclusivamente a la exigencia de una licencia (artículo 100 TRLHL).

La determinación de la incidencia concreta de la Directiva de Servicios sobre determinados tributos locales reclamaba, con carácter previo, una relectura del propio ámbito de la disciplina urbanística (en el caso concreto del ICIO).

Pues bien, con independencia de lo anterior, que —no debe obviarse— corresponde clarificar al legislador autonómico, al ser el competente en materia urbanística, la Disposición final primera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, ha venido a despejar ciertas dudas en el ámbito de las Haciendas locales.

Según la Disposición final primera de la Ley 12/2012, el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, queda modificado como sigue:

a) Se modifica el contenido de las letras h) e i) del apartado 4 del artículo 20 (apartado que se refiere al establecimiento de tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local), que queda redactado de la siguiente manera:

“h) Otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana o realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa” (debe recordarse la redacción original del precepto: “h) Otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana”).

“i) Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos o realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa” [en este caso, entre la redacción original (otorgamiento

de las licencias de apertura de establecimiento) y la vigente (dada por la Ley 12/2012) existe la versión introducida por el artículo 42 de Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que se refería al “Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos, así como por la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo”].

b) Se modifica el apartado 1 del artículo 100, que queda redactado de la siguiente manera:

“El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras es un tributo indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, o para la que se exija presentación de declaración responsable o comunicación previa, siempre que la expedición de la licencia o la actividad de control corresponda al ayuntamiento de la imposición”.

c) Se modifica el apartado 2 del artículo 101, que queda redactado de la siguiente manera:

“En el supuesto de que la construcción, instalación u obra no sea realizada por el sujeto pasivo contribuyente tendrán la condición de sujetos pasivos sustitutos del contribuyente quienes soliciten las correspondientes licencias o presenten las correspondientes declaraciones responsables o comunicaciones previas o quienes realicen las construcciones, instalaciones u obras.

“El sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de la cuota tributaria satisfecha”.

d) Se modifica el apartado 1 del artículo 103, que queda redactado de la siguiente manera:

“Cuando se conceda la licencia preceptiva o se presente la declaración responsable o la comunicación previa o cuando, no habiéndose solicitado, concedido o denegado aún aquella o presentado estas, se inicie la construcción, instalación u obra, se practicará una liquidación provisional a cuenta, determinándose la base imponible:

“a) En función del presupuesto presentado por los interesados, siempre que hubiera sido visado por el colegio oficial correspondiente cuando ello constituya un requisito preceptivo.

“b) Cuando la ordenanza fiscal así lo prevea, en función de los índices o módulos que esta establezca al efecto.

“Una vez finalizada la construcción, instalación u obra, y teniendo en cuenta su coste real y efectivo, el ayuntamiento, mediante la oportuna comprobación administrativa, modificará, en su caso, la base imponible a que se refiere el apartado anterior practicando la correspondiente liquidación definitiva, y exigiendo del sujeto pasivo o reintegrándole, en su caso, la cantidad que corresponda”.

Resulta perceptible, por el contrario, que otros preceptos del TRLHL no han sido objeto de modificación, como ocurre con su artículo 23.2, que, en su redacción vigente, al regular la condición de sustitutos del contribuyente, otorgando esta condición a los constructores y contratistas de obras, sigue haciendo referencia, en su letra b), únicamente a “las tasas establecidas por el otorgamiento de las licencias urbanísticas previstas en la normativa sobre suelo y ordenación urbana”.

4. La problemática de la incidencia de la Directiva de Servicios sobre la noción de prestación de servicios públicos de competencia local (como hecho imponible de la tasa)

En este ámbito conviene tener en cuenta:

1.º) El hecho imponible, en los términos definidos por el artículo 20 TRLHL para las tasas por la prestación de servicios públicos:

“Artículo 20. Hecho imponible.

“1. Las entidades locales, en los términos previstos en esta Ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

“En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:

“A) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

“B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

“a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos no se conside-

rá voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:

“Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.

“Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

“b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

“2. Se entenderá que la actividad administrativa o servicio afecta o se refiere al sujeto pasivo cuando haya sido motivado directa o indirectamente por este en razón de que sus actuaciones u omisiones obliguen a las entidades locales a realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico, o cualesquiera otras”.

2.º) El artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en su redacción anterior a la Ley 2/2011, de 4 marzo, de Economía Sostenible:

“Los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos:

“a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.

“Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público”.

3.º) La supresión del segundo párrafo de la letra a) del apartado dos del artículo 2 de la LGT por la Disposición final 58.ª de la Ley 2/2011, de 4 marzo, de Economía Sostenible: los efectos jurídicos inmediatos de la supresión, un interrogante a resolver.

Por otra parte, la STS de 3 de diciembre de 2012, rec. 4354/2011, referida a la tasa de suministro de agua, apunta en su fundamento jurídico:

“CUARTO.— A título de conclusión sobre este repaso al tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la retribución por la prestación del servicio público de

agua domiciliaria o potable, si se hace abstracción de las cinco sentencias Ayuntamiento de Salou, en las que, de forma acrítica, se sostiene que la suma pagada por los usuarios a la empresa arrendataria por la prestación del servicio de suministro de agua es un precio público (así lo habían calificado las partes, sin que hubiera discusión sobre el particular), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha basculado entre su condición de precio privado y la de tasa.

“Ha atribuido la naturaleza de precio privado, fijado por la corporación municipal ejercitado su potestad tarifaria y sometido a la aprobación ulterior de la Comunidad Autónoma en aplicación de la política de control de precios, cuando el servicio era gestionado de forma indirecta por un concesionario o un arrendatario, incluso una empresa participada mayoritariamente por el municipio (v. gr.: sentencias Sociedad General de Aguas de Barcelona y Ayuntamiento de Barbastro). Si el servicio se prestaba directamente, la retribución satisfecha por los usuarios constituía una tasa (v. gr.: sentencias Ayuntamiento de La Orotava).

“Esta Sala mantuvo esta configuración hasta el 1 de enero de 1999, fecha a partir de la cual y en virtud de la Disposición transitoria segunda, apartado 1, de la Ley 25/1998, debería siempre considerarse una tasa, como consecuencia de las reformas introducidas a resultas de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, cuya doctrina ratificaron las sentencias del mismo Tribunal 102/2005, de 20 de abril, y 121/2005, de 10 de mayo. Por ello, en la sentencia Ayuntamiento de Ávila sienta un criterio, después ratificado en la sentencia Ayuntamiento de Alicante, conforme al que la prestación del servicio público municipal de abastecimiento de agua, de recepción obligatoria, siempre debe sufragarse a través de una tasa, cualquiera que sea su forma de gestión.

“Pese al aparente ‘desorden’, la jurisprudencia ofrece un cuadro nítido y una evolución coherente. En relación con el mencionado servicio público municipal, aun reconociendo que hubo un periodo (entre la entrada en vigor de la Ley 39/1988 y la de la Ley 25/1998) en que el servicio podía financiarse mediante precios públicos, nunca se le ha planteado un supuesto tal. A partir de esa segunda Ley, y también bajo la vigencia de la Ley General Tributaria de 2003 (artículo 2.2.) y del texto refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales, aprobado en 2004 (artículo 20.1.B), los usuarios han de financiar el servicio a través de una tasa que pasa a engrosar la partida de ingresos del presupuesto local, con independencia de la forma en que se gestio-

ne, ya que siempre se trata de servicios de recepción obligatoria (artículo 25.2.I) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local).

“Lo expuesto, como hemos dicho al inicio del anterior fundamento, es consecuencia de la interpretación que del régimen jurídico vigente en cada caso ha hecho esta Sala. Parece claro que la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a), llevada a cabo en 2011 por la Ley de Economía sostenible, abre un panorama diferente, sobre el que no nos toca pronunciarnos para zanjar el actual supuesto”.

Por último, la STS de 20 de marzo de 2013, rec. 6524/2011 –referida a una ordenanza fiscal, reguladora de la imposición y ordenación de la tasa por prestación del servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos– desestima la casación y confirma la naturaleza de tasa frente a la tesis de la recurrente, que defendía la procedencia de precios públicos:

“En este motivo la recurrente mantiene que hay que diferenciar la gestión directa del servicio público de la indirecta, prestada esta última por empresas privadas, siendo únicamente posible el cobro de tasas en el primer caso, pero no en el segundo en el que solo pueden exigirse precios públicos.

“[...]

“La diferencia con las antiguas tasas es que estas tenían como límite máximo el valor del aprovechamiento del dominio público y el coste de los servicios”, mientras que “en los precios públicos, el valor del aprovechamiento del dominio público local y el coste de los servicios era el importe mínimo de los mismos.

“[...]

“SEXTO.– Ante esta doctrina, la Sala tiene que rechazar los motivos.

“Así a partir del 1 de enero de 1999 y como consecuencia de la Ley 25/1998, de 13 de julio, no hay duda que el servicio de recogida y tratamiento de residuos urbanos debe ser objeto de una tasa ante la nueva redacción dada a los artículos 20 y 41 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales. Poco importa que el servicio sea prestado mediante concesión administrativa. La forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como ocurre en los supuestos de concesión.

“En conclusión, cuando se trata de la prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa, hay que entender que para su caracterización como tasa se requiere:

“a) Que la prestación del servicio público o la reali-

zación de la actividad se lleve a cabo en régimen de derecho público, lo que se produce a tenor del art. 2 a) párrafo segundo de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, antes de su modificación por la Ley de Economía Sostenible 2/2011, de 4 de marzo, cuando el servicio o la actividad se gestiona de cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa, y su titularidad corresponda a un ente público, lo que remite, en el caso de la legislación local, a los modos gestores, directos e indirectos, que regula y enumera el artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril.

“b) Que el servicio público a actividad administrativa se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo; lo que se produce, según el art. 20.2 de la Ley de Haciendas Locales, cuando el servicio o actividad ‘haya sido motivado directa o indirectamente por este en razón de que sus actividades u omisiones obliguen a las entidades locales a realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico o cualesquiera otras’.

“c) Que concurren alguna de las dos circunstancias siguientes:

“1) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos, expresa el art. 20.1 B) de la Ley de Haciendas Locales que no se considerara voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias, o cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

“2) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

“Frente a lo anterior, no cabe alegar la doctrina jurisprudencial que se invoca como infringida.

“Es cierto que la jurisprudencia clásica había establecido una clara distinción entre las figuras de la potestad tributaria y la potestad tarifaria, sentencias, entre otras, de 29 de enero de 1998 (re. 3915/91), de 27 de septiembre de 1997 (rec. 9964/1991), 4 de marzo de 1998 (rec. 2235/1992), 4 de julio de 2006 (rec. 9880/2003), 7 de marzo y 19 de diciembre de 2007 (recursos 1727/2002 y 3645/2002), pero no lo es menos que a partir de las sentencias de 30 de julio de 2009 (rec. 4089/2003) y de 12 de noviembre de 2009 (rec. 9304/2003) esta Sala, ante la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y teniendo en cuenta la nueva regulación, mantiene de forma clara que las

contraprestaciones a los servicios deben configurarse como tasas, sea cual fuere el modo de gestión del servicio, incluso a través de concesión.

“No obstante, en la actualidad hay que tener en cuenta la supresión del párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley General Tributaria por la Ley de Economía Sostenible de 2011, si bien no incluyó una referencia expresa a lo que no son tasas, como aparecía en la enmienda n.º 443 del Grupo parlamentario catalán en el Senado de CIU”.

4.º) El concepto de remuneración como elemento definidor del servicio:

De acuerdo con el considerando 34 de la Directiva de Servicios: “Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la evaluación de si determinadas actividades, en especial las que reciben financiación pública y las prestadas por entidades públicas, constituyen un ‘servicio’ debe efectuarse caso por caso y a la vista de todas sus características, en particular la forma en que se prestan, organizan y financian en el Estado miembro de que se trate. El Tribunal de Justicia ha reconocido así que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que constituye una remuneración por los servicios de que se trate y ha reconocido que la característica de la remuneración no se da en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial, tales como los cursos realizados en el marco del sistema educativo nacional o la gestión de regímenes de seguridad social que no constituyen una actividad económica. El pago de cuotas por parte de los destinatarios, por ejemplo, las tasas académicas o de matrícula pagados por los alumnos para hacer una contribución a los gastos de funcionamiento de un sistema no constituye por sí mismo remuneración porque el servicio se sigue financiando fundamentalmente con fondos públicos. Estas actividades no responden, pues, a la definición de ‘servicio’ del artículo 50 del Tratado y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

5.º) El principio de equivalencia entre el coste del servicio y el importe cuantitativo de la tasa por prestación de servicios: el beneficio del contratista o concesionario.

Según el artículo 24.2 LHL:

“En general, y con arreglo a lo previsto en el párrafo siguiente, el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsi-

ble del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida.

“Para la determinación de dicho importe se tomarán en consideración los costes directos e indirectos, inclusive los de carácter financiero, amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exige la tasa, todo ello con independencia del presupuesto u organismo que lo satisfaga. El mantenimiento y desarrollo razonable del servicio o actividad de que se trate se calculará con arreglo al presupuesto y proyecto aprobados por el órgano competente”.

5. Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local con relación a los operadores de telefonía móvil

– El artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), se refiere a las “Tasas administrativas” de la siguiente manera:

“1. Las tasas administrativas que se impongan a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general o a quienes se haya otorgado un derecho de uso:

“a) cubrirán en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión; y

“b) se impondrán a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, que minimice los costes administrativos adicionales y las cargas que se deriven de ellos.

“2. Cuando las autoridades nacionales de reglamentación impongan tasas administrativas, publicarán un resumen anual de sus gastos administrativos y del importe total de las tasas recaudadas. A la vista de la

diferencia entre la suma total de las tasas y los gastos administrativos, deberán introducirse los reajustes adecuados”.

– Por otro lado, el artículo 13 de esa Directiva aborda los “Cánones por derecho de uso y derechos de instalar recursos”:

“Los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)”.

– Cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

“1.^a) ¿El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de Redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil?

“2.^a) Para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la Ordenanza local controvertida ¿satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?

“3.^a) ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo?”.

– Parte dispositiva de la STJUE de 12 de julio de 2012:

“1) El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que,

sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

“2) El artículo 13 de la Directiva 2002/20 tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo”.

– A partir de la sentencia de 10 de octubre de 2012, el Tribunal Supremo ha venido anulando las ordenanzas que establecían la expresada tasa, apuntando que la STJUE de 12 de julio de 2012: “obligará a los tribunales españoles a corregir su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL para excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no solo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a estas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales. Obviamente deberá modificarse también la regulación de las ordenanzas municipales para ajustarse a los parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictada en el año 2002”.

– El Tribunal Supremo anula los preceptos de las ordenanzas que incluyan en el hecho imponible de la tasa la utilización o aprovechamiento de instalaciones o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, por parte de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil que no sean titulares de las mismas, así como los preceptos de las ordenanzas que atribuyan la condición de sujeto pasivo de la tasa regulada a las empresas o entidades que no sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los suministros, aunque sean titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

– Conviene recordar que los autos de remisión de la cuestión prejudicial apuntaban, “sobre la exigencia de no discriminación, que las ordenanzas establecen un régimen tributario igual para todos, con independencia de su condición y de las características de la ocupación. En este sentido, resulta, muy revelador que el importe de las liquidaciones tributarias que en aplicación de la ordenanza se giren a un concreto operador móvil sea idéntico en todo caso con independencia de que tenga instalada una red propia en vías públicas, su

suelo o su subsuelo, tenga derecho de uso de redes de otros operadores o meramente reciba servicios de interconexión para permitir la comunicación entre usuarios. Resultará, asimismo, esclarecedor que el importe del gravamen sea el mismo al margen de si el operador tiene toda la red ubicada en dominio público local o carece de instalaciones en el mismo. [...] Tampoco parece que se cumpla el principio de objetividad, desde el momento en el que gravamen establecido por la ordenanza basa su cuantificación en el volumen de ingresos obtenidos en el municipio por las compañías operadoras de telefonía móvil. [...] Procede, en consecuencia, preguntar a título subsidiario al Tribunal de Justicia, si un gravamen configurado con las condiciones previstas por la ordenanza fiscal discutida, satisface los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que el artículo 13 de la Directiva autorización exige, y se endereza a garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos”.

Pues bien, dicho planteamiento se materializó en el segundo de los interrogantes: “las condiciones en las que el canon es exigido por la Ordenanza local controvertida ¿satisface los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?”

Sin embargo, al haber sido formulado con carácter subsidiario, esto es, “para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE”, a tenor ya de su primera respuesta, el TJUE entendió que no resultaba procedente entrar en la segunda de las cuestiones planteadas.

No obstante, determinadas sentencias del Tribunal Supremo declararon la nulidad de los preceptos relativos a la cuantificación de la tasa (STS de 15 de octubre de 2012, o la de 22 de febrero de 2013):

“Pues bien, esta Sala y Sección ya se ha pronunciado sobre la no conformidad a derecho de la regulación de la cuantificación de la tasa que se contiene en ordenanzas como la que ahora nos ocupa.

“En efecto, en nuestra sentencia de 15 de octubre de 2012 (recurso de casación n.º 1085/2010) ya señalamos que el pronunciamiento anulatorio había de extenderse al precepto de la ordenanza regulador de la cuantificación de la tasa, y ello por las siguientes razones:

“Por otra parte, la anulación tiene que alcanzar también al art. 4 de la Ordenanza, al partir la regulación de la cuantificación de la tasa de la premisa de que todos los operadores de telefónica móvil realizan el hecho imponible, con independencia de quien sea el

titular de las instalaciones o redes que ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, que no se adecúa a la Directiva autorización, debiendo recordarse, además, que la abogada general, en las conclusiones presentadas, ante la cuestión prejudicial planteada, sostuvo que *con arreglo a una correcta interpretación de la segunda frase del artículo 13 de la Directiva autorización, un canon no responde a los requisitos de justificación objetiva, proporcionalidad y no discriminación, ni a la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos de que se trate, si se basa en los ingresos o en la cuota de mercado de una empresa, o en otros parámetros que no guardan relación alguna con la disponibilidad del acceso a un recurso escaso, resultante del uso efectivo que haga dicha empresa de ese recurso.*

“Esta conclusión, aunque no fue examinada por el Tribunal de Justicia por las razones que señala, es compartida por la Sala, lo que impide aceptar que para la medición del valor de la utilidad se pueda tener en cuenta el volumen de ingresos que cada empresa operadora puede facturar por las llamadas efectuadas y recibidas en el municipio, considerando tanto las llamadas con destino a teléfonos fijos como a móviles como recoge la Ordenanza, y además, utilizando datos a nivel nacional extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto pueden conllevar a desviaciones en el cálculo del valor de mercado de la utilidad derivada del uso del dominio público local obtenido en cada concreto municipio’.

“En consecuencia, no resultando ajustado a derecho el método de cuantificación al que se refiere el artículo 5 de la Ordenanza que hoy nos ocupa, se impone declarar la nulidad del citado precepto”.

– Auto de 8 de enero de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona, planteando las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1.– Si la limitación de la aplicabilidad de los cánones del artículo 13 de la Directiva (autorización) únicamente a los titulares de las redes de telecomunicaciones, en la forma que ha sido entendida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/07/2012, puede extenderse a cualquier otra retribución o contraprestación que los titulares de propiedades públicas o privadas reciban como contraprestación por la instalación en sus terrenos o propiedades de recursos de redes de telecomunicación. 2.– Si tales retribuciones y los sujetos pasivos de las mismas se determinan por la ley interna del Estado”.

– STS de 22-2-2013, rec. 5602/2009, fundamento de derecho primero:

“Resulta prioritario que nos pronunciemos sobre la solicitud de suspensión del presente recurso de casación formulada por el Ayuntamiento, que se fundamenta en que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona, en el procedimiento ordinario número 102/2010 ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ‘en relación a la interpretación que debe darse tanto a su sentencia de 12 de julio de 2012 como al artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, y cuya resolución tendrá una indudable trascendencia a los efectos del presente procedimiento’

“Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente procesal, la eficacia suspensiva que dicha cuestión prejudicial despliega en el proceso en que se suscita no puede extenderse a este recurso que se resuelve, incluso, después de que el TJUE, en su sentencia de 12 de julio de 2012, haya resuelto la propia cuestión prejudicial formulada por este Tribunal dando adecuada respuesta a las únicas y específicas cuestiones en ella suscitada.

“Desde un punto de vista material, y sin perjuicio del criterio que merezca al TJUE, la cuestión prejudicial del Juzgado aparece formulada en términos tan teóricos y genéricos que no suscita dudas interpretativas a este Tribunal para decidir sobre la adecuación o no al derecho comunitario europeo de la concreta ordenanza fiscal que fue objeto de enjuiciamiento en la instancia. Dicho en otros términos, la respuesta ya dada por el TJUE es suficiente para enjuiciar, conforme al artículo 13 de la Directiva, la ordenanza concretamente impugnada, con independencia de que las exigencias y prohibiciones del precepto puedan extenderse o no ‘a cualquier otra retribución o contraprestación que los titulares de propiedades públicas o privadas reciban como contraprestación por la instalación en sus terrenos o propiedades de recursos de las redes de telecomunicaciones’ (sic), con independencia, por tanto, de la naturaleza que este Tribunal aprecia en el ingreso regulado por la ordenanza que examina, y que se determina en atención a sus concretas previsiones sobre el hecho imponible, sujeto pasivo y sistema de cuantificación.

“Por lo tanto y en definitiva, no cabe ni suspender la tramitación de las presentes actuaciones ante el planteamiento de una cuestión prejudicial por otro órgano jurisdiccional ni proceder por parte de esta Sala a un nuevo planteamiento de cuestión ante el TJUE”. ■

Crónica de jurisprudencia (de 1 de julio a 31 de octubre de 2013)

Antonio Descalzo González

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Jurisprudencia constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 142/2013, de 11 de julio, por la que se inadmite el conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto por el Ayuntamiento de Santovenia de Pisuerga en relación con los apartados 4 y 5 del artículo único de la Ley de Castilla y León 9/2002, de 10 de julio.

Antecedentes

Conflicto en defensa de la autonomía local núm. 1400-2003, promovido por el Ayuntamiento de Santovenia de Pisuerga (Valladolid), contra la disposición adicional y los apartados 4 y 5 del artículo único de la Ley de las Cortes de Castilla y León 9/2002, de 10 de julio, sobre declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad.

Ponente: Doña Encarnación Roca Trías

Extracto de doctrina

"1. El presente conflicto en defensa de la autonomía local, interpuesto por el Ayuntamiento de Santovenia de Pisuerga, se dirige contra la disposición adicional y los apartados 4 y 5 del artículo único de la Ley de las Cortes de Castilla y León 9/2002, de 10 de julio. Entiende el Ayuntamiento recurrente que la disposición adicional vulnera la autonomía local en la medida en que clasifica suelo y elimina la intervención municipal en materia urbanística y medioambiental, al suprimir la exigencia de licencia de obra y actividades clasificadas como requisito necesario para la puesta en marcha de las instalaciones de Santovenia de Pisuerga. Los apartados cuatro y cinco del artículo único se impugnan por las mismas razones. Por su parte, el letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León considera que no hay lesión alguna de la autonomía local en cuanto se ha garantizado la participación del Ayuntamiento afectado en el procedimiento de aprobación

del proyecto regional, habiéndose limitado la Comunidad a ejercer las competencias que le son propias con respeto a la legislación estatal básica en materia de medio ambiente.

"2. Con carácter preliminar debe abordarse la cuestión procesal de la legitimación del Ayuntamiento de Santovenia de Pisuerga para interponer el presente conflicto en defensa de la autonomía local, pues, conforme a lo establecido en el art. 75 ter.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para poder plantear este tipo de proceso constitucional, el municipio debe ser el destinatario único de la Ley a la que se imputa la vulneración de la autonomía local.

"Los preceptos impugnados por el municipio son la disposición adicional de la Ley 9/2002, de 10 de julio, que declara proyecto regional de especial interés la planta de transferencia, de tratamiento físico-químico y depósito de seguridad, ubicada en el término municipal de Santovenia de Pisuerga, y los apartados 4 y 5 del art. único de la Ley 9/2002, que regula un instrumento de ordenación del territorio, los denominados proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad.

"a) Tal y como hemos afirmado en la STC 129/2013, de 3 junio, FJ 2, el artículo único contiene una norma de estructura general, tanto por lo indeterminado de sus destinatarios como por la posibilidad de aplicarla de forma reiterada mientras esté vigente. En consecuencia, al no ser el Ayuntamiento de Santovenia de Pisuerga el único destinatario de la regulación contenida en el artículo único, carece de legitimación para la impugnación de los apartados 4 y 5 de este precepto. En consecuencia, el presente proceso constitucional debe ser inadmitido por lo que a respecta a la impugnación del artículo único, apartados 4 y 5.

"b) Esta misma sentencia afirma que la disposición adicional de la Ley 9/2002, de 10 de julio, contiene una ley singular, esto es, una medida tomada por el legislador en atención a un supuesto de hecho concreto que agota su eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada (FJ 3). En este aspecto, debe concluirse que el Ayuntamiento de Santovenia de Pisuerga osten-

ta legitimación para interponer conflicto en defensa de la autonomía local contra la citada disposición adicional, ya que afecta única y exclusivamente al proyecto de interés regional ubicado en dicho término municipal.

“3. Admitida la legitimación procesal del Ayuntamiento de Santovenia del Pisuerga para impugnar la disposición adicional de la Ley 9/2002, de 10 de julio, hay que advertir que la STC 129/2013, de 3 junio, ha declarado inconstitucional y nula dicha disposición adicional por entender que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el art. 24.1 CE. Una vez expulsada la norma impugnada del ordenamiento jurídico, el presente proceso ha perdido objeto”.

Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2013, de 11 de julio, por la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la disposición final primera y el artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto da nueva redacción a los siguientes artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local: 4.2, 4.3, 20.1 d), 70 bis.1, 70 bis.3, 85 bis, 122.5 d), 123.1 c), 128, 129, 130.1 B), 131, 132, 133 a), 135.3, 136 y 137.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad número 1598-2004, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la disposición final primera y el artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto da nueva redacción a ciertos artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

Ponente: Doña Adela Asua Batarrita.

Extracto de doctrina

“1. El presente recurso de inconstitucionalidad se interpone por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la disposición final primera y el artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local,

en cuanto da nueva redacción a los siguientes artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL): 4.2, 4.3, 20.1 d), 70 bis.1, 70 bis.3, 85 bis, 122.5 d), 123.1 c), 128, 129, 130.1 B), 131, 132, 133 a), 135.3, 136 y 137.

“Como ha quedado expuesto en los antecedentes, la Generalitat de Cataluña considera que los preceptos impugnados son inconstitucionales por cuanto que no respetan las competencias de Cataluña en materia de régimen local o bien vulneran la autonomía local. Por el contrario, el abogado del Estado considera que todos los preceptos impugnados tienen cabida en el título competencial estatal del art. 149.1.18 CE, y rechaza que se vulnere la autonomía local.

“2. Antes de comenzar el examen de las impugnaciones contenidas en el recurso de inconstitucionalidad, debemos hacer cuatro observaciones preliminares.

“La primera concierne a la incidencia de las diversas modificaciones que, con posterioridad a la Ley 57/2003, ha sido objeto la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (las últimas son la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible). No obstante, dichas modificaciones no afectan al contenido de los preceptos que han sido objeto del presente recurso de inconstitucionalidad. Se concluye, por tanto, que la controversia suscitada en su día se mantiene viva y en los mismos términos en que la planteó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

“La segunda atañe al canon de constitucionalidad aplicable. Al fundamentarse el recurso de inconstitucionalidad, entre otros motivos, en la invasión por la ley estatal de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña, resulta de aplicación la doctrina de este Tribunal sobre el *ius superveniens*, en cuya virtud el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo con las normas del bloque de constitucionalidad vigentes en el momento de dictarse la sentencia [por todas SSTC 135/2006, de 27 de abril, FJ 3 a); 1/2011, de 14 de febrero, FJ 2; 83/2012, de 18 de abril, FJ 2, y doctrina en ellas citada]. Ello obliga a tener en cuenta la incidencia que haya podido tener en el presente proceso la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, en la medida en que la misma haya afectado a las com-

petencias asumidas por la Comunidad Autónoma que esta considera vulneradas.

“La tercera se refiere el objeto del recurso de inconstitucionalidad en relación a la disposición final primera a cuyo tenor ‘[l]os preceptos contenidos en esta Ley, salvo la Disposición adicional novena de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, constituyen legislación básica del Estado en materia de régimen local, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución’. Solicita el Gobierno de Cataluña en el suplico de la demanda que se declare inconstitucional la disposición citada. No obstante, aunque formalmente lo que se impugna es la disposición final primera, el planteamiento de su posible inconstitucionalidad no tiene carácter autónomo, ya que carece de contenido sustantivo más allá de dotar del carácter formal de legislación básica a determinados preceptos. Así pues, el análisis y, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad deberá realizarse en relación con los concretos preceptos impugnados, y cuando la declaración de inconstitucionalidad se deba a la vulneración de las competencias autonómicas, irá acompañada de la de la disposición final primera en lo que a ellos se refiera.

“La cuarta y última observación preliminar se refiere al orden y modo de examen de las impugnaciones. Para dar respuesta a las numerosas cuestiones que la Generalitat de Cataluña ha planteado, en las cuales a menudo se entremezclan alegatos basados en las competencias autonómicas sobre régimen local con impugnaciones no competenciales, relacionadas primordialmente pero no exclusivamente con la garantía de la autonomía local, procederemos según el orden de los preceptos impugnados, siempre que no sea posible analizar conjuntamente las impugnaciones realizadas. Al mismo tiempo debemos poner de manifiesto la coincidencia parcial de los motivos de impugnación contenidos en el presente recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña con respecto a los motivos que sustentaron el recurso de inconstitucionalidad núm. 1523-2004 promovido por el Parlamento de Cataluña y que resolvimos mediante la STC 103/2013, de 25 de abril, a cuyos pronunciamientos haremos debida referencia. En aras a la claridad conviene señalar los preceptos que no fueron impugnados ni por tanto pudieron ser enjuiciados en la STC 103/2013: se trata de los arts. 70 bis.1, 70 bis.3, 122.5 d), 133 a), 135.3, 136 y 137 LBRL.

“3. Ateniéndonos al orden de examen indicado, y antes de comenzar con el análisis de las impugnacio-

nes basadas en las competencias autonómicas en materia de régimen local, conviene ahora recordar las competencias estatales y autonómicas en dicha materia. En cuanto a las competencias estatales, el art. 149.1.18 CE atribuye al Estado la fijación de los principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias de los entes locales (SSTC 240/2006, de 20 de julio, FJ 8; y 103/2013, de 25 de abril, FJ 4). Las bases estatales tienen el doble cometido de, por una parte, concretar ‘la autonomía local constitucionalmente garantizada para establecer el marco definitorio del autogobierno de los entes locales’ y, por otra, establecer ‘los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales que son, en definitiva, Administraciones Públicas’ (STC 103/2013, FJ 4), sin que quepa equiparar ‘régimen local’ o ‘régimen jurídico de las Administraciones locales’ con ‘autonomía local’, ‘porque los imperativos constitucionales derivados del art. 137 CE, por un lado, y del art. 149.1.18 CE, por otro, no son coextensos’ y la garantía institucional del art. 137 de la Constitución opera tanto frente al Estado como frente a los poderes autonómicos (SSTC 11/1999, de 11 de febrero, FJ 2; y 240/2006, de 20 de julio, FJ 8).

“El art. 160 del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a la Generalitat diversas competencias exclusivas y compartidas en materia de régimen local. El apartado 1 establece que la competencia exclusiva incluye: ‘a) Las relaciones entre las instituciones de la Generalidad y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre estos y la Administración de la Generalidad, incluyendo las distintas formas asociativas, mancomunadas, convencionales y consorciales’; ‘b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por el artículo 84’; ‘c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos’; ‘d) La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Generalitat y el funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos de estos órganos’; ‘e) El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales’. El apartado 2 del mismo precepto establece que le corresponde a la Generalitat ‘la competencia compartida en todo lo no establecido por el apartado 1’.

“Ahora bien, tal y como señalamos en la STC 31/2010, de 28 de junio, las previsiones del Estatuto de

Autonomía de Cataluña deben respetar en todo caso '[l]a competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE, por cuanto la expresión *bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas* engloba a las Administraciones locales' (FJ 36), por lo que concluimos, ya con relación al art. 160.1 EAC, que 'al reconocer a la Comunidad Autónoma las competencias examinadas en *exclusividad*, lo hace de manera impropia y no impide que sobre dichas competencias autonómicas puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del art. 149.1.18 CE (en los términos ya expuestos en los fundamentos jurídicos 60 y 64)' (FJ 100).

"4. A partir de la delimitación competencial efectuada, debemos analizar en primer lugar la impugnación del art. 4, apartado 2 y 3, LBRL, en la redacción que les da la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. El art. 4 LBRL establece lo siguiente:

"1. En su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas:

"a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización.

"b) Las potestades tributaria y financiera.

"c) La potestad de programación o planificación.

"d) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.

"e) La presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos.

"f) Las potestades de ejecución forzosa y sancionadora.

"g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.

"h) Las prelación y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de las comunidades autónomas; así como la inembargabilidad de sus bienes y derechos en los términos previstos en las leyes.

"2. Lo dispuesto en el número precedente podrá ser de aplicación a las entidades territoriales de ámbito inferior al municipal y, asimismo, a las comarcas, áreas metropolitanas y demás entidades locales, debiendo las leyes de las comunidades autónomas concretar cuáles de aquellas potestades serán de aplicación, excepto en el supuesto de las mancomunidades, que se rigen por lo dispuesto en el apartado siguiente.

"3. Corresponden a las mancomunidades de mu-

nicipios, para la prestación de los servicios o la ejecución de las obras de su competencia, las potestades señaladas en el apartado 1 de este artículo que determinen sus Estatutos. En defecto de previsión estatutaria, les corresponderán todas las potestades enumeradas en dicho apartado, siempre que sean precisas para el cumplimiento de su finalidad, y de acuerdo con la legislación aplicable a cada una de dichas potestades, en ambos casos'.

"La representación letrada de la Generalitat de Cataluña entiende que la regulación de las mancomunidades contenida en el art. 4.2, inciso final 'excepto en el supuesto de las mancomunidades, que se rigen por lo dispuesto en el apartado siguiente', y 3 LBRL vulnera las competencias autonómicas de desarrollo de la legislación básica por cuanto se prevé que sean los estatutos de las mancomunidades los que determinen sus potestades y que, en ausencia de tal previsión, sus potestades sean las definidas en la Ley de bases de régimen local, eliminándose la remisión al legislador autonómico que antes existía y que había sido respaldada por la STC 214/1989. Por su parte, el abogado del Estado alega que, dado su origen convencional de abajo a arriba, las potestades de que disfruten las mancomunidades serán las que en virtud de su autonomía incluyan los municipios constituyentes en los estatutos, y que el Tribunal Constitucional ha declarado que la supresión de la potestad de aprobación por los órganos autonómicos de los estatutos de las mancomunidades es una de las fórmulas constitucionalmente posibles, pudiendo optar el legislador estatal por ampliar el alcance de la autonomía municipal sin que ello pueda considerarse un exceso competencial.

"Una impugnación idéntica contra el art. 4.2 y 3 LBRL, fue desestimada en la STC 103/2013, de 25 de abril. En dicha sentencia partimos de que 'si bien las mancomunidades de municipios no son entidades locales constitucionalmente consagradas, tampoco han sido configuradas por el legislador básico como entidades cuya existencia dependa de la voluntad de las comunidades autónomas. El art. 44.1 LBRL, reconoce a los municipios el derecho a asociarse en su doble vertiente de libertad de creación de mancomunidades y libertad de no ser obligados a asociarse o a permanecer en ellas, en línea con lo establecido en el art. 19 de la Carta europea de autonomía local, ratificada por España el 20 de enero de 1988, que reconoce el derecho de las entidades locales a cooperar y asociarse con otras entidades locales. Este reconocimiento del derecho de asociación para la prestación de servicios con-

cretos y la ejecución de obras de competencia y responsabilidad de los municipios asociados, también reconocido en el art. 87.2 EAC vigente, determina la necesaria participación de los municipios constituyentes en la elaboración de los Estatutos o normas que rigen el funcionamiento de la mancomunidad mediante una asamblea integrada por los concejales de los municipios afectados, y que su aprobación se atribuya a los plenos de los ayuntamientos (art. 44.3 LBRL)'.

"En la misma sentencia afirmamos que, según doctrina reiterada de este Tribunal, 'existe una conexión entre la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 141 y 142 CE) y la competencia que ostenta el Estado sobre *las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas* (art. 149.1.18 CE), de tal forma que debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales, con cobertura en el art. 149.1.18 CE'. Pues bien, en aplicación de dicha doctrina señalamos que 'solo podría concluirse que la regulación estatal impugnada excede del ámbito material de lo básico, si no fuera necesaria para garantizar la autonomía de los municipios mancomunados. Resulta, sin embargo, que, reconocido por la legislación básica el derecho de los municipios a asociarse y establecidos por esta los fines de la mancomunidad, la determinación de las potestades mínimas que requiere la prestación del servicio concreto, o la ejecución de la obra de competencia de los municipios constituyentes, es un instrumento necesario para que la mancomunidad, e indirectamente los ayuntamientos que la constituyen, pueda cumplir sus fines de la misma forma que las potestades atribuidas a los municipios por el apartado primero del art. 4 LBRL constituyen una garantía de su autonomía'. Por todo ello, debemos llegar a la misma conclusión a la que llegamos en la STC 103/2013, FJ 5, debiendo descartar la vulneración de la competencia de la Generalitat de Cataluña en este punto, y por tanto la inconstitucionalidad del art. 4.2 y 3 LBRL.

"5. Se impugnan a continuación una serie de preceptos que consagran la existencia necesaria de diversos órganos en los municipios de gran población: es el caso de la comisión especial de sugerencias y reclamaciones [arts. 20.1 d) y 132], los distritos como órganos de gestión desconcentrada (art. 128) y el consejo social (art. 131), los cuales ya fueron objeto de enjuiciamiento en la citada STC 103/2013.

"La abogada de la Generalitat de Cataluña consi-

dera que los citados preceptos regulan al detalle diversos órganos complementarios de los municipios de gran población que ocupan la totalidad del espacio normativo que corresponde tanto a las comunidades autónomas como a los propios municipios. Por su parte, el abogado del Estado señala que entre las bases del régimen jurídico de las Administraciones locales se encuentran aquellas cuestiones que afectan al diseño orgánico y funcional cuando van dirigidas a la finalidad de promover la participación ciudadana (art. 9.2 CE), la audiencia de los ciudadanos (art. 105 CE) y los principios de eficacia y coordinación (art. 103.1 CE).

"En relación con esta serie de impugnaciones debemos partir de los pronunciamientos contenidos en la STC 103/2013. Por lo que respecta a la comisión especial de sugerencias y reclamaciones (art. 132 LBRL), señalamos entonces lo siguiente:

"'[L]a existencia preceptiva de un órgano específico con el que se pretende obtener un nivel adecuado de protección de los derechos de los vecinos en aquellos municipios en que, por sus especiales características, resulta necesario establecer mecanismos especiales que intensifiquen dicha protección, así como las normas que regulan su composición, funcionamiento, funciones y sus relaciones con el Pleno, responden a la finalidad de la competencia estatal, que no es otra que identificar el núcleo de elementos comunes o uniformes del modelo de autonomía municipal, en función de los intereses generales de los que el Estado es exponente. Esta competencia estatal alcanza a la regulación de la *composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones Públicas* (SSTC 32/1981, FJ 6 y 50/1999, de 6 de abril, FJ 3), teniendo en cuenta que, por tratarse de un órgano cuya función principal consiste en la protección de los derechos de terceros, en atender sus reclamaciones y hacer las correspondientes sugerencias a la administración municipal (art. 132.1 y 3 LBRL), resulta necesaria una mayor intensidad de regulación para garantizar un tratamiento común de los administrados. Además, no se ve impedida la competencia del legislador autonómico para desarrollar la regulación básica, pues ni se excluye la competencia de las comunidades autónomas para la regulación de la organización complementaria de los municipios de gran población en la medida en que el art. 20.2 LBRL, aplicable a todo tipo de municipios, no ha sido modificado, ni la atribución al Pleno de la competencia de autoorganización para regular este órgano excluye la competencia autonómica para el desarrollo legislativo, pues el art. 123.1.c) LBRL se limita a atribuir

al Pleno la regulación de la comisión especial de sugerencias y reclamaciones, sin exigir que ello se realice en el marco exclusivo de la legislación básica’.

“Por las mismas razones descartamos que la existencia preceptiva del consejo social de la ciudad (art. 131 LBRL) vulnerara la competencia autonómica para el desarrollo de las bases, pues ‘es objetivo prioritario reforzar la participación de los ciudadanos en el gobierno y administración municipal, propósito que si bien se extiende a todos los municipios, adquiere una mayor intensidad en los de gran población’. Así, ‘[e]l legislador parte de la idea de que los mecanismos de participación de la LBRL eran insuficientes y que es necesario establecer otros de carácter vinculante que garanticen unos niveles mínimos comunes de participación’, por lo que, ‘además de la participación funcional que exige la ley estatal para todo tipo de municipios (art. 70 bis LBRL), el legislador estatal ha optado por imponer una participación orgánica en los de gran población, que consiste en la incorporación de los ciudadanos a órganos que intervienen de forma activa en la toma de decisiones’. Pues bien, continuamos diciendo en la STC 103/2013, ‘para definir este elemento común, resulta imprescindible determinar su forma y alcance, esto es, la composición mínima del órgano en el que se integran y sus funciones’. Al respecto señalamos que ‘la legislación básica ha recogido la participación directa de los ciudadanos a través de organizaciones representativas de los intereses económicos, sociales, profesionales y vecinales en la adopción de determinadas decisiones que tienen una especial incidencia en la política urbana, y ha limitado su participación a una función meramente consultiva a través del informe, estudio y propuesta en materia de desarrollo económico y social, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos’. Al mismo tiempo observamos que ‘la remisión a la regulación municipal no excluye expresamente la posibilidad de desarrollo de estas bases por el legislador autonómico’. Por todo ello concluimos que ‘la regulación que el precepto destina a este órgano consultivo, sirve a la finalidad de garantizar un nivel común de participación de la sociedad en las grandes decisiones de la política urbana sin que supongan una normativa pormenorizada que excluya, a priori, la posibilidad de desarrollo por parte del legislador autonómico’.

“Por idénticas razones declaramos en la STC 103/2013, con respecto a la existencia necesaria de divisiones territoriales dotadas de órganos de gestión desconcentrada o distritos (art. 128 LBRL), que el legis-

lador estatal ha considerado que ‘en los municipios de elevada población o especial complejidad, como son los regulados en el título X, la participación de los vecinos en la gestión municipal requiere necesariamente de su existencia pues, como señala la exposición de motivos de la Ley, los órganos territoriales desconcentrados no solo están orientados a garantizar una gestión adecuada y eficaz de los intereses municipales por lo que supone de desplazamiento de atribuciones desde los órganos centrales de gobierno y administración hacia los órganos desconcentrados de los distritos, sino, sobre todo, a intensificar la participación ciudadana, estableciendo un nivel mínimo común para todos ellos’.

“En la citada STC 103/2013 concluimos igualmente que los preceptos impugnados tampoco vulneraban la garantía institucional de la autonomía local, ya que esta ‘no comprende una potestad de autoorganización ilimitada pues, en materia organizativa local, existe una triple competencia normativa que no cabe ignorar’ y que los preceptos dejaban ‘un importante margen de desarrollo a los municipios para que, a la vista de sus necesidades concretas, puedan realizar el diseño definitivo de su organización’.

“Así pues, debemos rechazar la inconstitucionalidad de los arts. 20.1 d), 128, 131 y 132 LBRL.

“6. También se impugnan los apartados 1 y 3 del art. 70 bis, que disponen lo siguiente:

“‘1. Los ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales’.

“‘3. Asimismo, las entidades locales y, especialmente, los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas.

“‘Las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares colaborarán con los municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan desarrollar en grado suficiente el deber establecido en este apartado’.

“La representación letrada de la Generalitat de Cataluña entiende que el art. 70 bis.1 vulnera la autonomía local porque debe corresponder a los municipios la

decisión de si establecen procedimientos y órganos específicos de participación, y que el art. 70 bis.3 vulnera además el art. 142 CE como garantía estatal de la suficiencia financiera, pues el Estado no puede desvincularse de las obligaciones que crea. Por su parte, el abogado del Estado considera que la base estatal es congruente con el art. 9.2 CE y deja absoluta libertad a los ayuntamientos para fijar el ritmo de implantación de los procedimientos y de los instrumentos técnicos, sin que, por ello, se viole su autonomía ni su suficiencia financiera.

“La simple lectura de los preceptos impugnados pone de manifiesto que las bases estatales en ellos contenidas se limitan a fijar deberes finalistas —establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, por un lado, e impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, por otro—, que no solo son plenamente acordes con los principios y valores constitucionales (entre otros, arts. 1.1, 9.2 y 23.1 CE), sino que además dejan a los entes locales una amplísima libertad para escoger la forma, los medios y el ritmo más adecuados, a su propio juicio y de acuerdo con sus propias características, para cumplir en cada momento con esos deberes. La pretensión del recurrente solo podría ser estimada si se interpretara que la garantía institucional de la autonomía local comprende una pretendida libertad de los entes locales a no establecer procedimientos y órganos específicos de participación, o a quedar libres de la utilización de las tecnologías de la información para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos. Es evidente que semejantes libertades no están amparadas por la garantía institucional de la autonomía local.

“Por otra parte, el esfuerzo alegatorio desplegado por el recurrente para concretar en qué medida el art. 70 bis.3 afectaría a la suficiencia financiera de los entes locales ha sido claramente escaso. Por ello, nuestro examen tampoco ha de ser exhaustivo. Bastará indicar que el precepto no crea prestaciones concretas y taxativas que los entes locales deben satisfacer necesariamente y que los vecinos pueden exigirles directamente. Pero, además, el precepto es consciente de las dificultades prácticas que el cumplimiento del deber de impulsar las tecnologías de la información puede suponer a ciertos entes locales, especialmente a los municipios de escasa población y recursos, para lo que se dispone

que, al igual que ocurre con otras competencias municipales, las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares colaborarán con los municipios que no puedan cumplir dicho deber por sí solos en grado suficiente.

“Por los motivos expuestos debemos descartar la inconstitucionalidad del art. 70 bis, apartados 1 y 3, LBRL.

“7. Igualmente se impugna el art. 85 bis LBRL, relativo a las formas de gestión de los servicios públicos locales.

“La abogada de la Generalitat de Cataluña considera que el precepto afecta directamente a la imagen local y a su haz de autonomía tal y como se concibe en la Carta europea de la autonomía local, y que excede de lo que debe entenderse por legislación básica, al incorporar toda la legislación interna dictada para la Administración del Estado en materia de organismos autónomos y entidades públicas empresariales. El abogado del Estado sostiene lo contrario.

“Debemos comenzar señalando que el recurrente se ha limitado a invocar en términos genéricos bien un rebasamiento de lo básico, bien una afectación de la imagen de la autonomía local; esto es, sin argumentar cuáles de los aspectos regulados por el precepto incurren en tales excesos y sin justificar por qué o en qué medida la regulación contenida en el precepto impugnado vulnera el contenido esencial que constituye ese núcleo irreductible de la autonomía local que le hace reconocible para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar y garantiza el gobierno de los intereses que les son propios. Sin perjuicio de lo anterior, debemos remitirnos una vez más a la STC 103/2013, en la que ya descartamos impugnaciones similares. En efecto, entonces declaramos que ‘ninguna de las determinaciones del art. 85 bis.1 LBRL impide a las entidades locales elegir la forma de gestión que estimen más adecuada para la prestación de los servicios de su competencia’ y que el precepto ‘se limita a señalar que la creación de organismos autónomos y entidades públicas empresariales se acordará por el Pleno de la entidad también competente para aprobar sus estatutos, quedando en sus manos la elección, a la vista de la reglas de organización que el legislador establece para las entidades instrumentales locales, entre las formas de gestión directa o indirecta a las que se refiere el art. 85.2 LBRL, y configurar el régimen de sus entidades instrumentales, dentro del marco legalmente establecido, mediante la aprobación de los estatutos’ [FJ 5 d)].

“En la misma sentencia y mismo fundamento jurídico rechazamos la vulneración de las competencias autonómicas por una legislación básica que se remite a la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) para la regulación de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales locales y, después, regula sus especialidades. Y señalamos entonces que ‘[f]orma parte de la competencia estatal para regular la organización de las entidades instrumentales locales, ex art. 149.1.18 CE, aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que, en todo caso, garantice un tratamiento común a los administrados, sin que exista razón alguna, que tampoco alega la representación del Parlamento, que permita afirmar que la competencia del Estado solo alcanza el establecimiento de un modelo, común para el Estado y las entidades locales –mediante la técnica de la remisión a la LOFAGE–, debiendo ser las comunidades autónomas las que, en ejercicio de su competencia de desarrollo legislativo de las bases estatales, lo modulen para las entidades locales. Como quiera que la demanda carece de cualquier tipo de argumentación sobre el exceso en que habría incurrido el Estado al regular cada una de las especialidades del apartado impugnado, no podemos desvirtuar la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley impugnada (STC 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 1)’.

“Por todo ello, debemos descartar la inconstitucionalidad del art. 85 bis LBRL.

“8. A continuación se impugna el art. 123.1 c) LBRL, que establece las materias sobre las que versan los reglamentos de naturaleza orgánica y atribuye su aprobación y modificación al Pleno.

“La Abogada de la Generalitat de Cataluña considera que el alcance de las bases no puede ser especialmente intenso en cuestiones que no afectan a la esfera de derechos y deberes de los administrados, y que, al atribuir al Pleno la aprobación de los reglamentos orgánicos aprovecha para establecer la administración interna del Gobierno municipal a través de las figuras de los coordinadores y los directores generales, se vulnera la autonomía local. Por su parte, el abogado del Estado considera razonable y adecuado a los principios constitucionales el exigir que la fuente productiva de los reglamentos orgánicos sea el Pleno, tanto más cuanto todos ellos tienen en mayor o menor medida eficacia *ad extra* por estar referidos a órganos administrativos que se relacionan con los administrados.

“Los motivos esgrimidos por el recurrente deben

ser desestimados. En la STC 103/2013 ya señalamos que ‘[l]a reserva al reglamento orgánico, en cuanto exige un quórum especial para su aprobación, forma parte de la competencia estatal básica, pues afecta al proceso mismo de formación de la voluntad del Pleno’. Por otro lado, en cuanto a la reserva al reglamento orgánico de la definición de los niveles de la organización municipal, también declaramos que ‘la definición de estos niveles organizativos sirve a un objetivo de interés general y no elimina la competencia normativa de las comunidades autónomas, pues la atribución al alcalde de la facultad de crear órganos organizativos complementarios, que este mismo artículo reconoce, debe realizarse en el marco de lo establecido por la legislación autonómica de desarrollo’. Asimismo, debemos señalar ahora que la atribución al Pleno de la aprobación de los reglamentos orgánicos tampoco vulnera la autonomía local, pues la garantía institucional de la autonomía local ‘comprende una potestad de autoorganización de las entidades locales que no puede ser ignorada por el legislador’ pero ‘no incluye la facultad de diseñar, sin límite alguno, el modelo de distribución de los órganos de gobierno’ [STC 103/2013, FJ 5 h)].

“Por las razones expuestas debe rechazarse la inconstitucionalidad del art. 123.1 c) LBRL.

“9. Se impugnan a continuación dos preceptos que regulan determinados órganos internos: el art. 129 LBRL que establece un órgano administrativo responsable de la asistencia jurídica al alcalde, a la Junta de Gobierno Local y a los órganos directivos, y el art. 130.1 B) LBRL que determina los órganos directivos municipales.

“La abogada de la Generalitat de Cataluña entiende que el alcance de las bases no puede ser especialmente intenso en este punto al tratarse de órganos que no inciden directamente en la actividad externa de los municipios y no afectan a la esfera de derechos y deberes de los administrados, y que deberían ser de libre opción para los municipios. Por su parte, el abogado del Estado alega, por una parte, que la existencia obligatoria de un órgano responsable de la asistencia jurídica (art. 129 LBRL) viene respaldada por el art. 103.1 CE, sin que ello lesione la autonomía local pues corresponde a la Junta de Gobierno designar al responsable y, por tanto, es dueña del proceso de selección; y, por otra parte, que la consideración de cuáles son los órganos directivos, con exigencia para su desempeño de la condición de funcionario de carrera y la aplicación del régimen de incompatibilidades del per-

sonal al servicio de la Administración Pública, forma parte de las bases que el Estado puede fijar sobre función pública y régimen jurídico de las Administraciones Públicas y tiene cobertura en el art. 103 CE.

“En cuanto al art. 129 LBRL, en la STC 103/2013 declaramos que ‘[l]a regulación de los órganos de gobierno municipal forma parte de la competencia básica del Estado para el desarrollo directo de los arts. 137 y 140 CE. En la medida en que el gobierno municipal se encomienda a diferentes órganos con muy distinta composición, la distribución entre ellos de las atribuciones municipales constituye un elemento esencial de la definición del funcionamiento democrático municipal (STC 33/1993, de 1 de febrero, FJ 3) y, por tanto, del modelo de autonomía municipal común por el que ha optado el legislador estatal. La existencia de la asesoría jurídica como órgano de asistencia al que se ha venido en denominar *ejecutivo local* –alcalde, Junta de Gobierno y órganos directivos–, responde a ese nuevo modelo municipal que, como señala la exposición de motivos de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, persigue *atender a la necesidad de un liderazgo claro y diáfano ante la sociedad, lo que exige ejecutivos con gran capacidad de gestión para actuar rápida y eficazmente*. Fruto de esta concepción, la Junta de Gobierno ha asumido la mayoría de las competencias de ejecución que antes correspondían al Pleno lo que, agravado por la complejidad de la gestión administrativa en los municipios de gran población, justifica tanto la existencia preceptiva de este órgano, como la atribución del nombramiento a la Junta de Gobierno de la que depende y ante la que debe responder’ [FJ 5 h)]. Así pues, la asesoría jurídica ‘sirve para perfilar ese modelo común organizativo que se considera imprescindible para garantizar una gestión adecuada de los intereses locales en los municipios de especial complejidad’.

“Por lo que respecta al art. 130.1 B), en la STC 103/2013 ya señalamos que ‘aun respondiendo la regulación de una serie de órganos directivos a los objetivos de interés general que justifican su regulación con carácter común para todos los municipios, el establecimiento de una enumeración cerrada de los mismos eliminaría la competencia de desarrollo legislativo de las comunidades autónomas sin que, por lo hasta aquí expuesto, exista justificación para ello. No obstante, el precepto impugnado admite una interpretación conforme con lo hasta aquí afirmado pues, en la medida en que se limita a relacionar, dentro de los órganos directivos, los titulares de órganos que pertenecen a la

organización básica de los municipios de gran población, no impide a las leyes autonómicas que completen, dentro de su competencia para regular la organización complementaria, este elenco de órganos directivos’.

“Por todo ello, debe descartarse que los arts. 129 y 130.1 B) hayan vulnerado las competencias autonómicas de desarrollo legislativo de las bases estatales.

“10. También se impugnan los arts. 122.5 d), 135.3 y 136 LBRL, que, respectivamente, atribuyen al secretario general del Pleno las funciones de ejecución de los acuerdos del Pleno, adscriben al ‘órgano de gestión tributaria’ la función de recaudación y su titular y establecen un órgano responsable del control y de la fiscalización interna cuyo titular será nombrado entre funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

“La abogada de la Generalitat de Cataluña considera que las funciones encomendadas por los preceptos impugnados a funcionarios de habilitación nacional sobrepasan las reservadas por el art. 92.2 LBRL a dichos funcionarios e invaden los puestos de plantilla de los funcionarios locales, vulnerando la autonomía municipal. Estima en particular que el art. 122.5 d) LBRL detrae al alcalde la ejecución de los acuerdos del Pleno para otorgar tan decisiva facultad ejecutiva a un funcionario con habilitación nacional. También censura el control de eficacia atribuido en el art. 136 LBRL a la Intervención General municipal pues implica una valoración de la gestión y de la función ejecutiva llevadas a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento, que solo pueden ser enjuiciadas en relación con los objetivos políticos determinados por dichos órganos. Por su parte, el abogado del Estado alega que los preceptos impugnados forman parte de lo básico.

“La tacha de inconstitucionalidad que nos plantea el recurrente se centra en las funciones reservadas a determinados funcionarios en los preceptos impugnados. Pues bien, debemos comenzar señalando que el esfuerzo alegatorio desplegado por el recurrente para concretar en qué medida las funciones que contemplan los preceptos impugnados vulnerarían la autonomía local no ha sido suficiente. La demanda contiene un reproche genérico a la ampliación de funciones de los funcionarios con habilitación de carácter estatal en los municipios de gran población. En consecuencia, nuestro examen tampoco tiene que ser exhaustivo.

“Por un lado, debemos señalar que ni el antiguo art. 92.2 LBRL –hoy sin contenido– ni la disposición que en la actualidad regula los funcionarios con habili-

tación de carácter estatal –la disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que establece el estatuto básico del empleado público– constituyen canon de constitucionalidad de las leyes básicas estatales. Además, este Tribunal viene reiterando que la competencia estatal para desarrollar las bases en una determinada materia integra la capacidad para modificar la regulación básica (por todas, STC 69/2013, de 14 de marzo, FJ 3). En efecto, como señalamos en la STC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 3, ‘sin alterar el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias y con observancia de las garantías de certidumbre jurídica necesarias para asegurar que las comunidades autónomas puedan conocer cuál es el marco básico al que deben someter su competencia de desarrollo legislativo, la concreción de lo básico corresponde realizarla en cada momento al legislador estatal, quien, respetando aquel orden y estas garantías, goza de libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, que no es un juez de la oportunidad, salvo que traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad’.

“Por otro lado, este Tribunal ha declarado que es ‘válida y ajustada plenamente a la Constitución la decisión del legislador estatal que, al amparo del art. 149.1.18 de la norma fundamental, ha fijado como básicas –y, por tanto, necesarias en todas las corporaciones locales– determinadas funciones que, por su propia naturaleza quedan reservadas a determinados funcionarios con un específico grado de formación’, cuyo carácter básico consiste en ‘garantizar de manera generalizada en todas las Administraciones locales el correcto desempeño y desenvolvimiento de cierto elenco de funciones que, por su trascendencia misma, rebasan el estricto interés local y, más aún, autonómico’ (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 25).

“En consecuencia, debemos rechazar la tacha de inconstitucionalidad relativa a la ampliación de las funciones reservadas en los preceptos impugnados a determinados funcionarios de habilitación estatal.

“Por lo que respecta a las otras dos tachas más específicas también alegadas por el recurrente, ambas deben ser igualmente descartadas. En cuanto a la primera, debemos declarar que la función de ejecución de los acuerdos del Pleno atribuida al secretario general del Pleno por el art. 122.5 d) LBRL no es más que el

complemento de las funciones de comunicación, publicación y certificación de los acuerdos plenarios asignadas a dicho funcionario y cuya constitucionalidad no discute el recurrente. Además, la función de ejecución de los acuerdos plenarios no altera, en contra de lo que parece latir en la queja formulada, la distribución de funciones entre los órganos que tienen encomendado el gobierno y la administración municipales, pues conforme a la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, al alcalde le corresponde expresamente ‘dirigir la política, el gobierno y la administración municipal, sin perjuicio de la acción colegiada de colaboración en la dirección política que, mediante el ejercicio de las funciones ejecutivas y administrativas que le son atribuidas por esta Ley, realice la Junta de Gobierno Local’ [art. 124.4 b) LBRL].

“En cuanto a la otra tacha planteada, debemos recordar que los criterios de eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto público están constitucionalizados (art. 31.2 CE) y que el llamado ‘control de eficacia’ es uno de los aspectos expresamente incluidos dentro del control financiero tradicionalmente encomendado a la Intervención General de la Administración del Estado, que tiene por objeto comprobar que la actuación, en el aspecto económico-financiero, de los servicios, organismos autónomos, sociedades y demás entes públicos estatales se ajusta al ordenamiento jurídico así como a los principios generales de buena gestión financiera (art. 2.3 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado). Pues bien, ni el control de eficacia atribuido por el art. 136 LBRL a la Intervención General municipal ni la circunstancia de que ello implicaría una valoración de la gestión económico-financiera llevada a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento suscitan reparos de índole constitucional, sino todo lo contrario, pues todo ello se ajusta plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente constitucionalizados en el art. 31.2 CE. Por otro lado, en relación con la Intervención General de la Administración del Estado se precisa que ‘el control de eficacia se realizará sin perjuicio del que cada departamento ministerial, en el ámbito de sus competencias, pueda desarrollar en esta materia, por sí mismo o en colaboración con la Intervención General de la Administración del Estado’ (art. 2.3 del Real Decreto 2188/1995). Nada impide partir del mismo criterio en el ámbito de la legislación básica estatal sobre régi-

men local y a propósito de la Intervención General municipal, de forma que procede concluir que el control de eficacia encomendado a la Intervención General municipal no tiene por qué excluir el control que cada órgano municipal quiera desarrollar, en el ámbito de sus competencias, sobre su gestión económico-financiera.

“Por todo ello, debe descartarse que los arts. 122.5 d), 135.3 y 136 LBRL vulneren la autonomía local.

“11. El siguiente precepto impugnado es el apartado a) del art. 133 (‘Criterios de la gestión económico-financiera’), que establece lo siguiente: ‘La gestión económico-financiera se ajustará a los siguientes criterios: a) Cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación que lo regule’.

“La abogada de la Generalitat de Cataluña señala que el precepto impugnado vulnera la autonomía y suficiencia financiera prevista en los arts. 137, 149 y 142 CE para los entes locales, que la anulación del recurso general al endeudamiento impuesta por el principio de estabilidad presupuestaria está en contradicción con los preceptos de la Ley 39/1988, de Haciendas locales y que, siendo coyuntural la necesidad de estabilidad presupuestaria, vinculada a ciclos económicos, no se aviene con el concepto perdurable de bases del régimen local.

“Como señala la demanda, la fundamentación que sustenta la presente impugnación guarda relación con las contenidas en los recursos de inconstitucionalidad que el mismo recurrente ha presentado contra la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria y contra la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley general de estabilidad presupuestaria. Pues bien, debemos indicar que las cuestiones planteadas en este proceso han sido ya resueltas en las SSTC 134/2011, de 20 de julio, 157/2011, de 18 de octubre, y 203/2011, de 14 de diciembre, a cuyos textos nos remitiremos sucintamente, destacando ya que la reforma constitucional de 27 de septiembre de 2011, que entró en vigor ese mismo día –disposición final única–, ha dado una nueva redacción al art. 135 CE con la que se ha llevado a cabo la ‘consagración constitucional’ del principio de estabilidad presupuestaria, al tiempo que encomienda a una ley orgánica el desarrollo de los principios a que se refiere el apartado 3 del precepto constitucional, lo que –como dijimos en la STC 157/2011, de 18 de octubre, FJ 3– corrobora la competencia del Estado en esta materia.

“Por todo ello, debe descartarse que el art. 133 a) LBRL vulnere la autonomía local.

“12. Por último se impugna el art. 137, que establece el ‘órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas’ y cuya redacción es la siguiente:

“‘1. Existirá un órgano especializado en las siguientes funciones:

“‘a) El conocimiento y resolución de las reclamaciones sobre actos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos e ingresos de derecho público, que sean de competencia municipal.

“‘b) El dictamen sobre los proyectos de ordenanzas fiscales.

“‘c) En el caso de ser requerido por los órganos municipales competentes en materia tributaria, la elaboración de estudios y propuestas en esta materia.

“‘2. La resolución que se dicte pone fin a la vía administrativa y contra ella solo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo.

“‘3. No obstante, los interesados podrán, con carácter potestativo, presentar previamente contra los actos previstos en el apartado 1.º el recurso de reposición regulado en el artículo 14 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Contra la resolución, en su caso, del citado recurso de reposición, podrá interponerse reclamación económico-administrativa ante el órgano previsto en el presente artículo.

“‘4. Estará constituido por un número impar de miembros, con un mínimo de tres, designados por el Pleno, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que legalmente lo integren, de entre personas de reconocida competencia técnica, y cesarán por alguna de las siguientes causas:

“‘a) A petición propia.

“‘b) Cuando lo acuerde el Pleno con la misma mayoría que para su nombramiento.

“‘c) Cuando sean condenados mediante sentencia firme por delito doloso.

“‘d) Cuando sean sancionados mediante resolución firme por la comisión de una falta disciplinaria muy grave o grave.

“‘Solamente el Pleno podrá acordar la incoación y la resolución del correspondiente expediente disciplinario, que se regirá, en todos sus aspectos, por la normativa aplicable en materia de régimen disciplinario a los funcionarios del Ayuntamiento.

“‘5. Su funcionamiento se basará en criterios de independencia técnica, celeridad y gratuidad. Su compo-

sición, competencias, organización y funcionamiento, así como el procedimiento de las reclamaciones se regulará por reglamento aprobado por el Pleno, de acuerdo en todo caso con lo establecido en la Ley General Tributaria y en la normativa estatal reguladora de las reclamaciones económico-administrativas, sin perjuicio de las adaptaciones necesarias en consideración al ámbito de actuación y funcionamiento del órgano.

“6. La reclamación regulada en el presente artículo se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la ley prevé la reclamación económico-administrativa ante los Tribunales Económico-Administrativos del Estado’.

“La abogada de la Generalitat de Cataluña considera que el precepto ocupa la totalidad del espacio normativo que corresponde tanto a las comunidades autónomas como a los propios municipios, siendo especialmente intensa la vulneración de la autonomía local en cuanto que el órgano competente para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas dicho órgano asume potestades resolutorias sobre las reclamaciones sobre actos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos e ingresos de derecho público de competencia municipal. Por su parte, el abogado del Estado señala que el carácter básico del art. 137 LBRL se vincula con la satisfacción de los principios de eficacia y objetividad predicable de la actuación de todas las Administraciones Públicas.

“De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 57/2003, la composición y el funcionamiento de un órgano especializado para el conocimiento y la resolución de las reclamaciones sobre actos tributarios de competencia local ‘pretenden garantizar la competencia técnica, la celeridad y la independencia tan patentemente requeridas por los ciudadanos en este ámbito’. En suma, el art. 137 LBRL pretende consagrar la independencia y la competencia técnica del órgano revisor de los actos tributarios locales como forma de satisfacer los principios de eficacia y objetividad predicable de la actuación de todas las Administraciones Públicas. Ello forma parte de las bases que configuran el diseño de la Administración tributaria local que corresponde establecer al Estado, dejándose expresamente en manos del Pleno la regulación de la composición, competencias, organización, funcionamiento y procedimiento de tramitación de las reclamaciones tributarias. Por tanto, debe rechazarse el reproche relativo a la ocupación de la totalidad del espacio normativo que corresponde tanto a las comunidades autónomas como a los propios municipios.

“Por todo ello, debe descartarse que el art. 137 LBRL vulnere las competencias autonómicas o la autonomía local”.

Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2013, de 26 de septiembre, por la que se declara constitucional el artículo 70.1, párrafo segundo, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en la redacción dada por el artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, siempre que se interprete en el sentido de que no se refiere a las decisiones relativas a las atribuciones delegadas por el Pleno, conforme se ha expuesto en el fundamento jurídico noveno.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad número 1741-2004, interpuesto por el Gobierno de Aragón contra la disposición final primera de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básicos ciertos artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

Ponente: Don Juan Antonio Xiol Ríos.

Extracto de doctrina

“1. El presente recurso de inconstitucionalidad se interpone por el Gobierno de Aragón contra la disposición final primera de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básicos los siguientes artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL): art. 4.2, en el inciso que dice ‘excepto en el supuesto de las mancomunidades, que se rigen por lo dispuesto en el apartado siguiente’; art. 4.3; art. 13.3; art. 20.1 d); art. 36.1 c) y d); art. 70.1, párrafo segundo; art. 70 bis.1; art. 85.2.b); art. 85 bis.1, desde ‘con las siguientes especialidades’ hasta el final; art. 85 bis.2; art. 123.1 c); art. 131 y art. 132; por excederse materialmente de la legislación básica. Subsidiariamente, se impugnan los arts. 20.1 d); 70.1, párrafo segundo; art. 70 bis.1; art. 85 bis.1, desde ‘con las siguientes especialidades’ hasta el final; art. 85 bis.2; art. 123.1 c); art. 131 y art. 132 LBRL, por ser

contrarios al principio de autonomía local (arts. 137 y 140 CE) y, además, el art. 70.1, párrafo segundo, LBRL, por infracción de los principios democrático (art. 1.1 CE) y a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y del derecho a participar directamente en los asuntos públicos (art. 23.1 CE). Estos artículos han sido redactados por el artículo primero, apartados 1 y 3, de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local.

“El abogado del Estado sostiene que la declaración contenida en la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local forma parte de la competencia que atribuye al Estado el art. 149.1.18 CE para establecer la legislación básica en materia de régimen local. Igualmente, niega la existencia de las vulneraciones alegadas respecto del resto de preceptos impugnados, por lo que suplica la desestimación íntegra del recurso.

“2. Antes de analizar los preceptos impugnados deben hacerse las siguientes precisiones:

“a) El objeto del presente proceso constitucional es parcialmente coincidente con el de los recursos de inconstitucionalidad resueltos por las SSTC 103/2013, de 25 de abril, y 143/2013, de 10 de julio, por lo que la respuesta a algunas de las cuestiones planteadas lo será por remisión a lo que en aquellas se dijo. Las impugnaciones que se plantean por primera vez o son objeto de nuevos argumentos para sustentar su inconstitucionalidad son las referidas a los arts. 36.1 d); 70.1, párrafo segundo; 70 bis.1; 85.2 b) y 85 bis. 2 LBRL.

“b) La impugnación, que se dirige contra la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básicos determinados preceptos de la Ley reguladora de las bases de régimen local, no es autónoma porque su constitucionalidad depende de la de los preceptos que se impugnan por motivos competenciales. Varios de los preceptos se impugnan, además, por vulneraciones sustantivas de la Constitución, como los relativos a la autonomía local o al principio democrático y al derecho de participación.

“c) El control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo con las normas del bloque de constitucionalidad vigentes en el momento de dictarse la sentencia (STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 3). Así, hay que destacar que después de la interposición del presente recurso de inconstitucionalidad el Estatuto de Autonomía de Aragón ha sido modificado por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril. El art. 71.5 del Estatuto de Autonomía

actualmente vigente, atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón competencia exclusiva ‘en materia de régimen local, la determinación de las competencias de los municipios y demás entes locales en las materias de competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón; el régimen de los bienes locales y las modalidades de prestación de los servicios públicos locales, así como las relaciones para la cooperación y colaboración entre los entes locales y entre estos y la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón’.

“3. El recurso de inconstitucionalidad está basado parcialmente en la invasión de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de régimen local, por haberse excedido el Estado del ámbito material de las normas básicas. Las SSTC 103/2013, de 25 de abril, FJ 4; y 143/2013, de 10 de julio, FJ 3, recogiendo la doctrina constitucional anterior, declaran que: (i) en virtud del art. 149.1.18 CE corresponde al Estado fijar los principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias de los entes locales; (ii) las bases estatales ‘tienen los dos cometidos de concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada para establecer el marco definitorio del autogobierno de los entes locales directamente regulados por la Constitución, en primer lugar, y, en segundo lugar, de concretar los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales que son, en definitiva, Administraciones Públicas’; y (iii) las competencias autonómicas en materia de régimen local son de desarrollo de las bases estatales, y el título que en esta materia otorga al Estado el art. 149.1.18 CE no ha desaparecido por la modificación estatutaria y la calificación de la competencia como exclusiva.

“4. La impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básico el artículo 4.3, en relación con el artículo 4.2, último inciso, LBRL –regulación de las potestades de las mancomunidades–, ha sido resuelta en la STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 5 a), concluyéndose que la declaración de que constituye legislación básica del Estado en materia de régimen local no es contraria a la Constitución.

“5. La impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básico el artículo 13.3 LBRL –potestad estatal para establecer medidas de fomento de la fusión de municipios–, ha sido resuelta en la STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 5 b), concluyéndose que la declaración de que constituye legislación básica del

Estado en materia de régimen local no es contraria a la Constitución.

“6. La impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básicos los artículos 20.1 d), 123.1 c), 131 y 132 LBRL –obligación para los municipios de gran población de establecer la comisión de sugerencias y reclamaciones y el consejo social de la ciudad y su regulación en el reglamento orgánico–, y, subsidiariamente, de estos artículos por ser contrarios a la autonomía local ha sido resuelta en la STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 5 f) y k), concluyéndose que la declaración de que constituyen legislación básica del Estado en materia de régimen local no es contraria a la Constitución y que su contenido tampoco vulnera la autonomía local.

“7. La impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básico el artículo 36.1 c) LBRL –atribución a las diputaciones provinciales de competencia para la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcual–, ha sido resuelta en la STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 5 c), concluyéndose que la declaración de que constituyen legislación básica del Estado en materia de régimen local no es contraria a la Constitución.

“8. La impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básico el artículo 36.1 d) LBRL, va a ser analizada en este fundamento. El precepto declarado básico establece como competencia propia de las diputaciones provinciales la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito. La parte recurrente alega que la declaración como legislación básica del art. 36.1 d) LBRL es inconstitucional porque corresponde a la Comunidad Autónoma reconocer y prever la participación de la provincia en los procedimientos de planificación y desarrollo.

“La STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 2, afirma que el Estado tiene competencia para fijar los principios básicos sobre las competencias que deba reconocerse a las entidades locales, garantizando su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, y fijando al respecto unas directrices para llevar a cabo la asignación de tales competencias. La cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y de planificación en el terri-

torio provincial forma parte del diseño básico y común de la autonomía provincial, al ser aspectos que afectan directamente a intereses provinciales. Por tanto, no hay objeción alguna para considerar que es una competencia que, por configurar el modelo de autonomía provincial, corresponde realizar al legislador estatal. Por otra parte, al no haberse incidido en el desarrollo de cauce procedimental alguno para el ejercicio de la mencionada competencia, se han salvaguardas las competencias del resto de Administraciones Públicas para establecer su normativa de desarrollo. Así lo establece, además, el precepto impugnado al decir que la competencia reconocida se ejercerá ‘de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito’.

“En consecuencia, la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara que el art. 36.1 d) LBRL constituye legislación básica del Estado en materia de régimen local, no es contraria a la Constitución.

“9. La impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básico el artículo 70.1, párrafo segundo, LBRL, y, subsidiariamente, de este artículo por infracción de los principios democrático (art. 1.1 CE) y a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y del derecho a participar directamente en los asuntos públicos (art. 23.1 CE) va a ser analizada en este fundamento. El artículo declarado básico establece que ‘no son públicas las sesiones de la Junta de Gobierno Local’. El Gobierno recurrente alega, como motivo principal de impugnación, que esta materia ya ha sido asumida por la legislación aragonesa, que mantiene la publicidad de las sesiones de la Junta de Gobierno Local cuando afectan a asuntos delegados por el Pleno, por lo que el párrafo impugnado vulnera la competencia de la Comunidad Autónoma por exceso de lo que debe considerarse legislación básica.

“La forma de las deliberaciones de un órgano de gobierno local constituye un aspecto esencial de su funcionamiento porque determina el modo en que debe ejercitar sus competencias. Con ella se pretende garantizar un modelo común basado en el favorecimiento de la eficacia del órgano local ejecutivo por antonomasia y, además, tiene una especial incidencia en los administrados cuyo conocimiento de la actuación de este órgano se ve directamente afectado por la regla impugnada.

“Por otra parte, la existencia de una normativa autonómica previa a la modificación de la legislación bá-

sica no impide al Estado modificar la regulación de los aspectos básicos del funcionamiento de la Junta de Gobierno siempre que no se exceda de lo que materialmente forma parte de las bases. Como declara el fundamento jurídico 5 e) de la STC 103/2013, de 25 de abril, la normativa básica en materia de régimen local debe ir dirigida a identificar aquel núcleo del ordenamiento que requiere de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado. Las bases así configuradas pueden alcanzar una mayor intensidad cuando afectan a las relaciones de las entidades locales con los administrados.

“En consecuencia, la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara que el art. 70.1, párrafo segundo, LBRL constituye legislación básica del Estado en materia de régimen local, no es contraria a la Constitución.

“El Gobierno recurrente alega, subsidiariamente, que el art. 70.1, párrafo segundo, LBRL, al establecer que no son públicas las sesiones de la Junta de Gobierno Local, sin excepcionar los asuntos en que actúa por delegación del Pleno, vulnera el principio democrático (art. 1.1 CE), la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE). Se argumenta que las corporaciones locales son un ámbito de democracia cercano al ciudadano y si todas las sesiones de la Junta de Gobierno Local son secretas, incluso las que resuelven competencias delegadas del Pleno, se crea un mecanismo para alterar la obligación del carácter público de las sesiones del Pleno de las corporaciones locales.

“El Gobierno de Aragón no impugna la totalidad de la no publicidad de las sesiones de la Junta de Gobierno Local, sino, exclusivamente, la prohibición del carácter público de las deliberaciones de la Junta respecto de los asuntos en que actúa por delegación del Pleno. De ese modo, tomando en consideración que la posibilidad de delegación de las atribuciones del Pleno en la Junta de Gobierno Local queda excluida del régimen de organización de los municipios de gran población (art. 123.3 LBRL), esta impugnación solo afecta a la Junta de Gobierno Local en la configuración legal y con las atribuciones establecidas en el art. 23 LBRL para el resto de municipios que no sean de gran población y en los que, de conformidad con el art. 20.1 b) LBRL, debe existir esta Junta de Gobierno.

“La jurisprudencia constitucional establece, en relación con el principio democrático proclamado en el art. 1.1 CE, que garantiza la participación de los ciudada-

nos en la vida pública y en el destino colectivo en aspectos que inciden en la democracia representativa, mediante la participación periódica en las elecciones de representantes en las diferentes esferas, nacional, autonómica y local. También se ha destacado que esta regla general de la democracia representativa aparece ‘complementada con determinados instrumentos de democracia directa, que han de operar, como es lógico y constitucionalmente exigido, no como minusvaloración o sustitución sino como reforzamiento de esa democracia representativa’ (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2). Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha puesto en relación directa el principio estructural del carácter democrático del Estado con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, establecido en el art. 23.1 CE (SSTC 51/1984, de 25 de abril, FJ 2; o 212/1993, de 28 de junio, FJ 4).

“La exigencia de publicidad de la actividad desarrollada por los órganos de carácter representativo se constituye como un instrumento que posibilita el control político de los elegidos por los electores y se proyecta en relación con la publicidad de sus sesiones, la publicación de las deliberaciones y los acuerdos adoptados, y el acceso a la documentación que los sirva de soporte. Esta exigencia de publicidad es, por tanto, no solo una genérica manifestación del principio democrático del Estado (art. 1.1 CE), sino también una manifestación del derecho de los ciudadanos a la participación directa en los asuntos públicos (art. 23.1 CE).

“Dentro de las corporaciones locales, esta exigencia de publicidad, incluyendo la de sus sesiones, es aplicable a la actividad del Pleno municipal, en tanto que órgano de carácter representativo de una colectividad política territorial que somete a un procedimiento democrático decisiones, que incorporan fines políticos propios, reflejo del principio de pluralismo político y del ámbito de poder atribuido en virtud de la autonomía local garantizada en el art. 137 CE.

“En principio, esta exigencia de publicidad de las sesiones del Pleno municipal, como órgano de representación política, no cabría hacerla extensiva a las sesiones de la Junta de Gobierno Local, que está configurado legalmente como un órgano municipal ejecutivo tanto por su conformación orgánica como por la naturaleza de sus competencias. La exposición de motivos de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local pone de manifiesto que el cambio de la tradicional denominación de la Comisión de Gobierno a la

vigente de Junta de Gobierno Local tiende a destacar el carácter ejecutivo de dicho órgano. Ese carácter ejecutivo, además, se deriva, en primer lugar, de su composición orgánica, ya que no se integra de conformidad a los principios de representatividad y proporcionalidad del Pleno, sino por el alcalde y una serie de concejales nombrados y separados libremente por el alcalde (art. 23.1 LBRL), y, en segundo lugar, de la única competencia que le es propia: la asistencia al alcalde en el ejercicio de sus atribuciones [art. 23.2 a) LBRL] y de la posibilidad de que le sean delegadas determinadas atribuciones por parte del alcalde [art. 23.2 b) y 23.4 LBRL]. La existencia de este tipo de órganos municipales ejecutivos está también reconocida en el art. 3.2 de la Carta europea de autonomía local ('BOE' núm. 47, de 24 de febrero de 1989), al afirmar que la autonomía local se ejerce por asambleas o consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos, siempre que su existencia no cause perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, allí donde esté permitido por la ley.

"Ahora bien, como plantea el Gobierno recurrente, la Junta de Gobierno Local de los municipios que no sean de gran población no solo tiene las competencias ya señaladas, sino que, además, también le corresponden las atribuciones que otro órgano municipal le delegue [art. 23.2 b) LBRL], incluyendo el Pleno municipal (art. 22.4 LBRL). El art. 22.4 LBRL establece la posibilidad de que el Pleno delegue el ejercicio de determinadas atribuciones que le son propias en el alcalde y en la Junta de Gobierno Local. Esas atribuciones delegables son: el ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la corporación en materias de competencia plenaria [art. 22.2 j) LBRL]; la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento [art. 22.2 k) LBRL]; la concertación de las operaciones de crédito cuya cuantía acumulada, dentro de cada ejercicio económico, exceda del 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto –salvo las de tesorería, que le corresponderán cuando el importe acumulado de las operaciones vivas en cada momento supere el 15 por 100 de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio anterior– todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora de las Haciendas Locales [art. 22.2 m) LBRL]; la aprobación de los proyectos de obras y servicios cuando sea competente para su contratación o concesión, y cuando aún no estén previstos en los pre-

supuestos [art. 22.2 ñ) LBRL]; y las demás que expresamente les confieran las leyes [art. 22.2 q) LBRL]. Entre estas últimas cabe destacar, por ejemplo, las contrataciones de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados cuando su importe supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto y, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades supere el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, o la cuantía señalada; o la adjudicación de concesiones sobre bienes y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando su valor supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto o el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor (disposición adicional segunda, apartados 1 y 2, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público).

"Algunas de las atribuciones que el Pleno puede delegar en la Junta de Gobierno Local no son meras decisiones administrativas de carácter estrictamente reglado en que esté ausente la necesidad de valorar y ponderar criterios discrecionales. Hay atribuciones que afectan a las más importantes decisiones sobre operaciones crediticias, contrataciones y concesiones de toda clase, aprobaciones de proyectos de obras y servicios y adquisiciones de bienes y derechos y su enajenación. El legislador otorga estas atribuciones al Pleno para que sean adoptadas en sesiones dotadas de una completa publicidad que garantice el control ciudadano en la toma de posición y en el proceso de deliberación de sus representantes municipales, como una manifestación de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, tomando en consideración la importancia y relevancia política de esas decisiones en lo que afecta a los intereses municipales y la necesidad de que sean adoptadas con la máxima transparencia. La circunstancia de que, aprovechando el carácter preceptivo de la no publicidad de las sesiones de la Junta de Gobierno Local y mediante la mera delegación de atribución del Pleno en la Junta, quedara imposibilitado el control de la ciudadanía sobre el proceso de la toma de decisiones, que, por su importancia, legal-

mente están sometidas al régimen de publicidad, supondría un menoscabo del principio democrático (art. 1.1 CE) y una vulneración de las posibilidades de participación directa del ciudadano en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), en su concreta dimensión de control del ejercicio del cargo de sus representantes electos, sometidos a mandato representativo. Esto es, se configuraría como uno de esos supuestos referidos en el ya citado art. 3.2 de la Carta europea de autonomía local en que la existencia de un órgano municipal ejecutivo, por la conjunción de la posibilidad de que le sean atribuidas competencias delegadas por el Pleno municipal y de que sus sesiones no sean públicas, podría ir en detrimento de la participación directa de los ciudadanos.

“A esta conclusión no cabe oponer la posibilidad prevista legalmente de que estas mismas atribuciones sean delegadas en el alcalde, toda vez que, por lo que respecta a lo ahora debatido, al ser un órgano unipersonal no resulta predicable la proyección del principio de publicidad de la toma de decisión. Igualmente, tampoco resulta suficiente que los acuerdos de delegación se adopten por el Pleno con las debidas garantías de publicidad que ostentan las deliberaciones del Pleno. Esto permite a la ciudadanía realizar un control político sobre ese proceso deliberativo de delegación, pero no sobre la toma de decisión de la atribución delegada que, en los términos expuestos, es una atribución que legalmente queda sometida por su importancia a la exigencia de publicidad.

“Por último, el hecho de que los acuerdos adoptados por delegación del Pleno deban ser objeto de publicación o notificación de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente tampoco resulta concluyente. Como se ha afirmado anteriormente, estos actos de publicación o notificación también son manifestaciones de la exigencia de publicidad y posibilidades de control ciudadano, y están más vinculados al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) (entre otras, STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 9), pero no pueden ser considerados sustitutivos de la exigencia de publicidad de las sesiones.

“En consecuencia, el art. 70.1, párrafo segundo, LBRL, en tanto establece que las sesiones de las Juntas de Gobierno Local no son públicas, es conforme con el principio democrático (art. 1.1 CE) y el derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), siempre que se interprete en el sentido de que no incluye las decisiones relativas a las atribuciones delegadas por el Pleno.

“10. La impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básico el artículo 70 bis.1 LBRL, y, subsidiariamente, de este artículo por ser contrario a la autonomía local va a ser analizada en este fundamento. El precepto declarado básico dice que ‘los ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales’. Se alega que al declarar básico el contenido del art. 70 bis.1 LBRL se ha eliminado la intervención autonómica, por atribuirse a los ayuntamientos la competencia para la regulación de procedimientos y órganos de participación. Subsidiariamente, se alega que el contenido del art. 70 bis.1 LBRL sería contrario a la autonomía local al establecer el carácter preceptivo de esta regulación.

“El precepto declarado básico se incluye en el título ‘información y participación ciudadanas’ y contiene un mandato dirigido a garantizar que en todos los municipios existan cauces de participación orgánicos y procedimentales que garanticen el principio de participación de los ciudadanos. Exige, además, que tanto los procedimientos como los órganos de participación se regulen en una norma de carácter orgánico adoptada, por tanto, con un quórum reforzado. La STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 5 e), declara que en materia organizativa local la Constitución contempla tres ámbitos normativos: el estatal, el autonómico y el local. El Estado, al definir las bases debe establecer, en función de los intereses a los que este sirve, los elementos comunes o uniformes que permitan establecer el marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional, pero esta regulación no puede agotar todo el espacio normativo que debe corresponder al legislador autonómico en relación con las cuestiones relacionadas con la organización. De acuerdo con la doctrina expuesta, el mandato contenido en el precepto impugnado, que no agota en modo alguno todo el espacio normativo, no elimina la competencia de desarrollo de las bases en él establecidas erigiéndolas en el único límite a la competencia autoorganizatoria municipal. El precepto impugnado se limita a establecer una regla básica conforme a la cual se impone la regulación por los reglamentos orgánicos de procedimientos y órganos de participación en el marco de la legislación aplicable. Esta regulación, por su parte, comprende tanto

las bases estatales –que varían en intensidad según se trate o no de municipios de régimen común– como la legislación autonómica de desarrollo.

“Por tanto, la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara que el art. 70 bis.1 LBRL constituye legislación básica del Estado en materia de régimen local, no es contraria a la Constitución.

“La alegación subsidiaria de que el art. 70 bis.1 LBRL vulnera la autonomía local ha sido resuelta en la STC 143/2013, de 10 de julio, FJ 6, concluyéndose que tampoco puede ser considerado inconstitucional por ese motivo.

“11. La impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local en cuanto declara básico el artículo 85.2 b) LBRL, va a ser analizada en este fundamento. El Gobierno recurrente afirma que la declaración como legislación básica de un precepto que exige que la gestión indirecta de los servicios públicos se realice mediante las formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, elimina la competencia autonómica para el desarrollo de las bases en materia organizativa.

“La gestión indirecta consiste en encomendar a un tercero la función de prestación de determinados servicios de competencia de la Administración y tiene por objeto una prestación típica de los contratos regulados por la legislación de contratos públicos según el art. 149.1.18 CE. Por esta razón, la definición de los contratos mediante los que se podrá instrumentar la gestión indirecta es esencial para determinar la intensi-

dad con que se aplicarán los preceptos de la legislación contractual, tanto en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato como en cuanto al régimen jurídico aplicable. Por tanto, forma parte de la legislación básica del Estado en materia de contratos. No puede admitirse la conclusión a la que nos llevaría el argumento de la parte recurrente de que las bases deben ser más reducidas en lo que respecta a la contratación local por la necesidad de dejar espacio a las comunidades autónomas para regular los aspectos organizativos locales.

“En consecuencia, la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara que el artículo 85.2 b) LBRL constituye legislación básica del Estado, no es contraria a la Constitución.

“12. La impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básico el artículo 85 bis.1 y 2 LBRL –regulación de las especialidades que resultan de aplicación a las entidades instrumentales locales como consecuencia de la obligación de regirse por lo dispuesto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de cuál debe ser el contenido de los estatutos de las entidades instrumentales locales–, y, subsidiariamente, de ambos preceptos por ser contrarios a la autonomía local ha sido resuelta en la STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 5 d), concluyéndose que la declaración de que constituyen legislación básica del Estado en materia de régimen local no es contraria a la Constitución y que su contenido tampoco vulnera la autonomía local”. ■

33_{QDL}

Documentos e informes jurídicos

¿Puede el *Fracking* ser materia de acuerdo local?

Vicente Boquera Matarredona

Secretario general de la Diputación de Valencia

Juan Jiménez Hernandis

Oficial mayor de la Diputación de Valencia

Por la portavoz del Grupo de EUPV en la Diputación de Valencia, se ha presentado para su debate en el Pleno una proposición con el título: **“Declarar la provincia de Valencia ‘Provincia Libre de Fracturación Hidráulica (*Fracking*)’ y no permitir que se utilice dicha técnica en todo su territorio”**.

En la misma, y tras una parte expositiva, se propone al Pleno de la Diputación de Valencia:

“[...]”

“1. Declararse como parte interesada en cualquier licencia concedida o que se pudiera conceder para la investigación y explotación de hidrocarburos en cualquier término municipal de la provincia.

“2. Declarar la provincia de Valencia ‘Provincia Libre de Fracturación Hidráulica (*Fracking*)’ y no permitir que se utilice dicha técnica en todo su territorio.

“3. Instar al Gobierno del Estado y al Consell a denegar la concesión de permisos de investigación y explotación de hidrocarburos por medio de la técnica conocida como fracturación hidráulica, y a suspender los permisos en vigor, así como a elaborar una norma que prohíba dicha técnica.

“4. Dar cuenta de estos acuerdos a:

“– Gobierno estatal (Ministerios de Industria, Energía y Turismo y de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente).

“– Consell y Govern de la Generalitat Valenciana y Grupos Parlamentarios de les Corts.

“– Diputaciones Provinciales de Valencia y Alicante.

“– Federación Española de Municipios y Provincias.

“– Municipios de la Provincia de Valencia.

“– Asociaciones de defensa y protección del medio ambiente de la provincia de Valencia”.

Por el Pleno se acuerda finalmente:

“Solicitar un informe de la Secretaría General de la Diputación Provincial de Valencia para que estudie las propuestas formuladas en la moción presentada en la que se propone:

“1.1 Declararse como parte interesada en cualquier licencia concedida o que se pudiera conceder para la

investigación y explotación de hidrocarburos en cualquier término municipal de la provincia y

“1.2 Declarar la provincia de Valencia ‘Provincia Libre de Fracturación Hidráulica (*Fracking*)’ y no permitir que se utilice dicha técnica en todo su territorio”.

Teniendo en cuenta el contenido de la proposición presentada por la portavoz del Grupo de EUPV, y a los efectos de la adecuada emisión del presente informe, debemos hacer con carácter previo las siguientes consideraciones:

1. Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos: atribución de competencias

En el marco del artículo 149.1.25 de la Constitución española, la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, tiene por objeto regular el régimen jurídico de las actividades relativas a los hidrocarburos líquidos y gaseosos (artículo 1.1).

El artículo 1.2.a) dispone:

“Se consideran incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley las siguientes actividades:

“a) La exploración, investigación y explotación de yacimientos y de almacenamientos subterráneos de hidrocarburos”.

Según el artículo 3 de la referida Ley, las competencias de las autoridades reguladoras en esta materia se reparten entre el Gobierno, al cual corresponde ejercer las facultades de planificación en materia de hidrocarburos y establecer la regulación básica correspondiente a las actividades a que se refiere la citada Ley, y la Administración General del Estado, a la que corresponde, en lo que en el presente informe interesa, otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación y las concesiones de explotación a que se refiere el Título II de dicha Ley, cuando afecten al ámbito territorial de más de una Comunidad Autónoma.

Además, de la Ley se desprende que la planificación en materia de hidrocarburos será realizada por el

Gobierno con la participación de las comunidades autónomas y presentada al Congreso de los Diputados, y deberá referirse, al menos, a los criterios de protección medioambiental que deben informar las actividades objeto de la presente Ley. También debe coordinarse con los instrumentos de ordenación del territorio, de ordenación urbanística o de planificación de infraestructuras viarias que afecten a las actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos, cuyas restricciones no podrán tener carácter genérico y deberán estar motivadas.

Por todo ello, revisado el texto de la Ley 34/1988 y teniendo en cuenta el objeto de este informe, podemos constatar que:

Para las autorizaciones de exploración.

El Ministerio de Industria y Energía, o el órgano competente de la Comunidad Autónoma cuando afecten a su ámbito territorial, podrán autorizar en áreas libres trabajos de exploración de carácter geofísico u otros que no impliquen la ejecución de perforaciones profundas definidas así reglamentariamente. Los solicitantes de autorizaciones de exploración deberán acreditar los siguientes extremos en los términos que en las correspondientes normativas de desarrollo se establezcan:

- a. Capacidad legal, técnica y financiera del solicitante.
- b. Programa de exploración, con indicación de las técnicas a emplear y medidas de protección medioambiental.
- c. Situación de los lugares donde se vaya a acometer el plan de exploración.

Para los permisos de investigación.

Los permisos de investigación se otorgarán **por el Gobierno o por los órganos de Gobierno de las comunidades autónomas cuando afecten a su ámbito territorial**, y conferirán el derecho exclusivo de investigar las áreas a que vayan referidos durante un período de seis años.

El permiso de investigación se solicitará al Ministerio de Industria y Energía o al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma cuando afecte a su ámbito territorial. Las comunidades autónomas tendrán la obligación de comunicar al Ministerio de Industria,

Turismo y Comercio la información relativa a los permisos de investigación que se les hayan solicitado y a los otorgados por estas de acuerdo con el procedimiento que reglamentariamente se determine.

El solicitante del permiso de investigación deberá presentar al menos la siguiente documentación, con el alcance que se establezca en la correspondiente normativa de desarrollo:

- a. Acreditación de la capacidad legal, técnica y económico-financiera del solicitante.
- b. Superficie del permiso de investigación, que se delimitará por sus coordenadas geográficas.
- c. Plan de investigación, que comprenderá el programa de trabajos, el plan de inversiones, las medidas de protección medioambientales y el plan de restauración.
- d. Acreditación de constitución de la garantía a que se refiere el artículo 21 de la Ley.

Recibida la solicitud en el correspondiente Registro, el órgano competente comprobará si el solicitante reúne los requisitos exigidos en este Título. En el caso de que el solicitante no reúna dichos requisitos, se denegará la solicitud. Si los cumple, se ordenará la publicación, en el *Boletín Oficial del Estado* y además, en su caso, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma competente para el otorgamiento, de un anuncio en el que se publique el nombre del solicitante y la delimitación de la superficie, a fin de que en el plazo de dos meses puedan presentarse ofertas en competencia o de que puedan formular oposición quienes se consideren perjudicados en su derecho.

La resolución sobre el otorgamiento del permiso de investigación se adoptará por real decreto, o en la forma que cada Comunidad Autónoma establezca para los correspondientes a su ámbito territorial, debiendo resolver expresamente las eventuales oposiciones que se hubieran formulado. En la resolución de otorgamiento se fijarán los trabajos mínimos que deberán realizar los adjudicatarios de los permisos, incluidas las labores de protección medioambiental, hasta el momento de su extinción o de la renuncia a los mismos.

Los titulares de autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación estarán obligados a proporcionar al órgano competente que los hubiese otorgado la información que les solicite respecto a las características del yacimiento y a los trabajos, producciones e inversiones que realicen, así como los informes geológicos y geofísicos referentes a sus autorizaciones, permisos y concesio-

nes, y los demás datos que reglamentariamente se determinen.

El artículo 6 de la Ley 34/1998 dispone que las autorizaciones, permisos y concesiones objeto de la presente Ley lo serán sin perjuicio de aquellas otras autorizaciones que los trabajos, construcciones e instalaciones necesarios para el desarrollo objeto de las mismas pudieran requerir por razones fiscales, de ordenación del territorio y urbanismo, de protección del medio ambiente, de protección de los recursos marinos vivos, exigencia de la correspondiente legislación sectorial o seguridad para personas y bienes.

2. Competencias locales

Entre las competencias que la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL, en adelante) otorga a los municipios, figuran, en lo que aquí nos interesa, la "Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística" –apartado d) del artículo 25– y la "Protección del Medio Ambiente" –apartado f)–, que amparan la participación de los ayuntamientos mediante el otorgamiento de las correspondientes autorizaciones, tanto respecto a las posibles construcciones e instalaciones necesarias como para el control del medio ambiente, pero que se ejercerán por estos en los términos de la normativa estatal y autonómica que resulte de aplicación.

No debemos olvidar que la Constitución española, en su artículo 149, dispone que el Estado tiene competencia exclusiva en la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección. Y en su artículo 148 establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en la gestión en materia de protección del medio ambiente.

Por lo tanto, el fin propio y específico que el artículo 31.2 de la LRBRL atribuye a la Provincia, "Asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal", y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la LRBRL es una competencia propia de la Diputación –"La coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado a) del número 2 del artículo 31"–, se debe ejercer por esta en el marco y de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito.

De todo lo anterior se desprende que las autorizaciones de exploración y permisos de investigación objeto de la Ley 34/1998 corresponden únicamente a los órganos competentes del Estado y de las comunidades autónomas, sin perjuicio de aquellas otras autorizaciones que los trabajos, construcciones e instalaciones necesarios para el desarrollo objeto de las mismas pudieran requerir por razones fiscales, de ordenación del territorio y urbanismo, de protección del medio ambiente, de protección de los recursos marinos vivos, exigencia de la correspondiente legislación sectorial o seguridad para personas y bienes.

3. Jurisprudencia consultada

Teniendo en cuenta lo solicitado, la siguiente jurisprudencia resulta plenamente aplicable:

En sentencia de 31 de mayo de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, rec. 486/1997, siendo objeto de impugnación la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Súria, de 24 de noviembre de 1995, que acuerda literalmente lo siguiente: "*Declarar el municipi de Súria com a zona desnuclearitzada, no permetent la instal·lació de cap mena d'activitat nuclear, ni d'emmagatzematge de residus nuclears dins dels límits del terme municipal*", se señala que la cuestión sometida al conocimiento de esta Sala, Sección Quinta, consistente en determinar si tal acuerdo desborda o no los límites de la competencia municipal e invade la que es específica del Estado, ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo en las sentencias citadas por el abogado del Estado y otras posteriores [STS de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998\3503)], por lo que forzoso es estar al contenido de lo en ellas establecido, interesando destacar, al respecto, los razonamientos contenidos en la sentencia de 3 de febrero de 1988 (RJ 1988/1688):

"El acto administrativo, en cuanto ejercicio de una potestad para el cumplimiento de los fines que le están encomendados, solo puede dictarse en función de las atribuciones concedidas por las leyes y como el acto impugnado afecta a potestades exclusivas del Estado recogidas en el artículo 149 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875), referentes a Defensa y Fuerzas Armadas, protección del medio ambiente y bases del régimen energético, su adopción representa una intromisión en las competencias que al Estado atribuye la Constitución, que no puede encontrar amparo en el principio de autonomía municipal consa-

grado en el artículo 137 de la Constitución, pues como tiene declarado el Tribunal Constitucional en sentencia de 14 Jun. 1982 (RTC 1982\35), referida a las comunidades autónomas pero trasladable a las comunidades locales, la reserva de una materia a favor del Estado, impide no ya que una Comunidad Autónoma pueda asumir competencias sobre la materia reservada al Estado, sino orientar también su autogobierno en razón de una política propia acerca de ella, lo que conduce a mantener que se ha incurrido en vicio legal de incompetencia que afecta a la validez del acto recurrido”.

En el mismo sentido la sentencia de 8 de junio de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, rec. 3900/1996.

En otra interesantísima sentencia, de 25 de marzo de 1998 (rec. 3852/1992), el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, acordó lo siguiente:

“Antecedentes de hecho

“PRIMERO.— Con fecha 5 de octubre de 1987 el Pleno del Ayuntamiento de Amurrio adoptó acuerdo por el que, entre otros extremos, se ordenaba la instalación de carteles prohibiendo el tránsito por el término municipal de vehículos que transportasen residuos tóxicos y se efectuaba la declaración de municipio desnuclearizado.

“Contra este acuerdo el letrado del Estado en la representación que le es propia interpuso en 12 de noviembre de 1987 recurso contencioso-administrativo ante la entonces Audiencia Territorial de Bilbao.

“SEGUNDO.— Tramitado el recurso en debida forma, por la Sala competente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se dictó sentencia en 25 de octubre de 1991 en cuyo fallo se estimaba parcialmente el recurso interpuesto.

“Contra esta sentencia el letrado del Estado en la representación que le es propia interpuso en 2 de diciembre de 1991 recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos, habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo el letrado del Estado en la representación que ostenta como apelante, y no habiendo comparecido sin embargo el Ayuntamiento de Amurrio, que había sido emplazado en debida forma.

“Tramitado el recurso según las normas procesales vigentes señalase el día 24 de marzo de 1998, en cuya fecha tuvo lugar

“Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar, Magistrado de la Sala.

“Fundamentos de Derecho

“PRIMERO.— Se refieren las presentes actuaciones a la conformidad a derecho de un acto administrativo del Pleno del Ayuntamiento de Amurrio por el que se acordó, entre otros extremos, ordenar la instalación en los límites del término municipal de carteles prohibiendo el tránsito por el mismo de vehículos que transportasen residuos tóxicos, y declarar que Amurrio es un municipio desnuclearizado.

“Dicho acuerdo, por orden del gobernador civil de la provincia, se impugnó en vía contenciosa por el abogado del Estado de conformidad con lo que establece el art. 64 de la Ley Básica de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril. La sentencia del Tribunal de instancia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el defensor de la Administración, siendo su razón de decidir que la competencia sobre esta materia corresponde al Estado y que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo se pronuncia en el sentido de que estos acuerdos de los ayuntamientos relativos a sustancias o materias nucleares son disconformes con el ordenamiento jurídico. No obstante, el Tribunal de instancia entiende que debe diferenciarse entre los actos administrativos ejecutivos de los que se derivan efectos y las meras declaraciones de opinión que puedan manifestar los ayuntamientos, que considera legítimas en cuanto suponen ejercer la libertad de expresión tanto más cuanto que en casos como el de autos al mismo tiempo que se ejerce esa libertad se está actuando de acuerdo con la autonomía municipal. A tenor de este razonamiento la sentencia ahora apelada estima en parte el recurso declarando contrario a derecho el punto primero del acuerdo municipal que se refiere a la instalación de carteles prohibitivos, mientras que en cambio desestima el recurso interpuesto por el abogado del Estado en cuanto se pretende por este que se anule asimismo el acuerdo del Ayuntamiento en el punto relativo a declaración de municipio desnuclearizado.

“SEGUNDO.— Para resolver sobre la presente apelación han de tenerse en cuenta únicamente las alegaciones de la Administración apelante, pues el Ayuntamiento que adoptó el acuerdo, que no compareció ante el Tribunal de instancia, tampoco se ha personado en la presente apelación.

“El estudio de las mencionadas alegaciones lleva a la Sala a la convicción de que debe estimarse el recurso. Pues ciertamente, como destaca el defensor de la Administración, la propia sentencia apelada recoge la jurisprudencia de este Tribunal Supremo

señaladamente la sentencia de 3 de febrero de 1988 que es la última de las dictadas siguiendo una línea jurisprudencial anterior constituida por las sentencias de 30 de abril, 13 de junio y 3 de noviembre de 1986 así como las de 9 y 17 de febrero y 21 de julio de 1987. Estas sentencias declaran que por lo que se refiere a las sustancias y materias nucleares y las disposiciones y los actos que se dicten sobre estas materias la competencia corresponde al Estado. De ello se deduce que por dicha razón el acuerdo municipal sobre el que ahora se discute es contrario a derecho al carecer el Ayuntamiento de competencia en esta materia.

“Esta declaración de disconformidad con el ordenamiento no debe limitarse a la prohibición de que circulen por el término municipal vehículos transportando residuos tóxicos (cuestión respecto a la que debe confirmarse la sentencia del Tribunal *a quo*) sino que ha de extenderse también a la declaración de municipio desnuclearizado. Respecto a dicha declaración la Sala, a la vista del planteamiento del caso de autos, no puede compartir el criterio del Tribunal Superior de Justicia, ya que no se trata en el supuesto enjuiciado de una mera declaración municipal que podría eventualmente haberse publicado en los medios de información sino de un acto administrativo aprobado en forma por el Pleno del Ayuntamiento y que eventualmente podría producir efectos en derecho. En consecuencia no puede considerarse el punto tercero del acuerdo municipal solo como manifestación de la libertad de expresión, debiendo dársele el tratamiento de un acto administrativo cuyo contenido contraviene el ordenamiento jurídico por las mismas razones que expresa la sentencia apelada al recoger nuestra jurisprudencia.

“Procede por todo ello estimar el presente recurso de apelación y revocar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia”.

De la anterior doctrina jurisprudencial se desprende que la cuestión relativa a si es conforme o no a derecho un acuerdo de estas características ha quedado clara en la jurisprudencia citada, en la que se declara que “el acto administrativo, en cuanto ejercicio de una potestad para el cumplimiento de los fines que le están encomendados, solo puede dictarse en función de las atribuciones concedidas por las leyes y como el acto impugnado afecta a potestades exclusivas del Estado recogidas en el artículo 149 de la Constitución [...], referentes a [...] protección del medio ambiente y bases del régimen energético, su adopción representa una intromisión en las competencias que al Estado atribuye la Constitución”.

Dicha intromisión no puede encontrar amparo en el principio de autonomía municipal consagrado en el artículo 137 de la Constitución, pues, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, la reserva de una materia ya sea a favor del Estado o a favor de una Comunidad Autónoma impide que la Administración local pueda asumir competencias sobre la materia, pues incurriría en vicio legal de incompetencia que afectaría a la validez del acto en cuestión.

Tampoco puede considerarse como manifestación de la libertad de expresión, debiendo dársele el tratamiento de un acto administrativo cuyo contenido contraviene el ordenamiento jurídico.

4. Concepto de interesado

La Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone en su artículo 31 que se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

“a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

“b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

“c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, cuando regula el procedimiento para el otorgamiento de permisos de investigación, dispone en su artículo 17:

“1. Recibida la solicitud en el correspondiente Registro, el órgano competente comprobará si el solicitante reúne los requisitos exigidos en este Título.

“2. En el caso de que el solicitante no reúna dichos requisitos, se denegará la solicitud. Si los cumple, se ordenará la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* y además, en su caso, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma competente para el otorgamiento, de un anuncio en el que se publique el nombre del solicitante y la delimitación de la superficie, a fin de que en el plazo de dos meses puedan presentarse ofertas en competencia o de que puedan formular oposición quienes se consideren perjudicados en su derecho”.

El artículo 18, por su parte establece que “[...] 2. La resolución sobre el otorgamiento del permiso de in-

vestigación se adoptará por real decreto o en la forma que cada Comunidad Autónoma establezca para los correspondientes a su ámbito territorial, **debiendo resolver expresamente las eventuales oposiciones que se hubieran formulado**".

En los permisos otorgados que se han consultado –ver, por ejemplo, el Real Decreto 1775/2010, de 23 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos denominados "Albufera", "Benifayó" y "Gandía"– se ha podido comprobar que es en base a este artículo 17 que se pueden presentar las alegaciones, de ahí que la información pública relativa a las solicitudes de permiso de investigación de hidrocarburos en la provincia de Castellón, publicadas en el DOGV núm. 6872, de 28.09.2012, por el Servicio Territorial de Energía de la Conselleria de Economía, Industria y Comercio, se remita también al referido artículo a los efectos de que puedan formular oposición quienes se consideren perjudicados en su derecho.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de un mejor criterio fundado en derecho, a la vista de los procedimientos regulados en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, relativos a las autorizaciones de exploración y permisos de investigación, es difícil que la Diputación pueda formular oposición por considerarse perjudicada en su derecho, ya sea con el fin de "Asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal", en este caso la "Protección del Medio Ambiente" del apartado 2.f) del artículo 25 de la LRRL, ya sea para velar por los intereses de los municipios afectados en base a la conservación del medio ambiente y de la calidad de vida de la ciudadanía, tal y como hemos visto en el apartado 2 del presente informe.

5. Conclusiones

A la vista de todo lo expuesto en el presente informe, y en consonancia con el mismo, podemos concluir lo siguiente.

Por lo que se refiere al punto segundo de la proposición, **"Declarar la provincia de Valencia 'Provincia Libre de Fracturación Hidráulica (Fracking)' y no permitir que se utilice dicha técnica en todo su territorio"**, debemos tener en cuenta que "declaración", según la Real Academia Española de la Lengua, significa "Manifestación formal que realiza una persona con efectos jurídicos, [...]", y que "permitir" es "Dicho de quien tiene autoridad competente: Dar

su consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo". Teniendo en cuenta la asignación y distribución de competencias que en la materia que nos ocupa existe entre las distintas Administraciones Públicas, podemos concluir que la Diputación no puede adoptar un acuerdo en la forma propuesta, ya que no estamos ante una mera declaración de opinión que puede manifestar la Diputación en el ejercicio de su libertad de expresión, sino de un acto administrativo que al aprobarse por el Pleno se pretende que produzca efectos en derecho –"Declarar" y "no permitir"–. Dicho acuerdo desborda los límites de la competencia municipal e invade la que es específica del Estado y de la Comunidad Autónoma.

Tal y como hemos visto, el acto administrativo, en cuanto ejercicio de una potestad para el cumplimiento de los fines encomendados, solo puede dictarse en función de las atribuciones concedidas por las leyes. La redacción del punto segundo conlleva la adopción, por parte de la Diputación, de un acuerdo que representa una intromisión en las competencias que las leyes atribuyen al Estado y a las comunidades autónomas, que no puede encontrar amparo en el principio de autonomía local. *A sensu contrario*, el Pleno de la Diputación sí que puede efectuar las declaraciones intelectivas o de opinión (las llamadas declaraciones institucionales o mociones políticas) que considere legítimas, aunque no exista una expresa atribución legal al respecto, siempre y cuando se trate de manifestaciones u opiniones que no busquen producir efectos en derecho, sino hacer constar su postura frente a un determinado hecho o situación.

Por lo que se refiere al punto primero de la proposición, **"Declararse como parte interesada en cualquier licencia concedida o que se pudiera conceder para la investigación y explotación de hidrocarburos en cualquier término municipal de la provincia"**, y a la vista de lo señalado en la parte expositiva del presente informe, es difícil que la Diputación esté legitimada para declararse parte interesada en este tipo de procedimientos, pues para ello debería considerarse perjudicada en su derecho, lo que no puede motivarse en la competencia atribuida por la Ley 7/1985, de 2 de abril, en sus artículos 31.2 y 36, de "Asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal". ■

Valencia, enero de 2012

ANEXO

Informe técnico: “Fracturación hidráulica (*Fracking*) y sus potenciales consecuencias en el medio ambiente”

José Vicente Úbeda Arévalo

Técnico del Servicio de Medio Ambiente de la Diputación de Valencia. Doctor en Ciencias Químicas

Juan Sanchís Giménez

Técnico del Servicio de Medio Ambiente de la Diputación de Valencia. Doctor ingeniero, master en Tecnología Ambiental, ingeniero técnico de Minas

Emilio J. Sanchís Moll

Jefe del Servicio de Medio Ambiente de la Diputación de Valencia. Doctor en Ciencias Geológicas, ingeniero técnico de Minas

Introducción

En España, las operaciones de investigación y explotación de hidrocarburos se regulan mediante la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, mientras que, en el momento actual, no existen en la Unión Europea normativas reguladoras específicas de los aspectos ambientales asociados a las actuaciones conocidas como fracturación hidráulica (*Fracking*). Tampoco existen regulaciones medioambientales específicas en el ámbito estatal, ni en el ámbito autonómico de la Comunidad Valenciana sobre la materia.

Desde un punto de vista técnico, los aspectos medioambientales del *Fracking* tienen un carácter universal, es decir, las operaciones de fractura hidráulica pueden llevarse a cabo en cualquier área geográfica del planeta, siempre que las condiciones geológicas de la roca almacén así lo recomienden.

Cabe destacar que, por el momento, no existen, ni han existido, experiencias de operaciones de fractura hidráulica en la provincia de Valencia.

Concepto de fractura hidráulica

Se conoce como *Fracking* al proceso de fractura hidráulica del subsuelo para conseguir extraer hidrocarburos, principalmente gas y petróleo; al gas extraído se le denomina “gas pizarra”, “gas de esquisto” y “gas no convencional”, y, en inglés, “*shale gas*”.

El proceso de *Fracking* es una técnica relativamente novedosa en Europa, mientras que en Estados Unidos se utiliza frecuentemente. Como ejemplo, cabe desta-

car que en el año 2009, en el estado de Colorado (EE. UU.), existían más de 38 000 pozos [1].

La técnica de fractura hidráulica ha sido económicamente viable desde mediados de la década de 1990. No obstante, recientemente cuenta con un mayor desarrollo, ya que una combinación de factores, tales como el avance tecnológico, el deseo de disminuir la dependencia de la energía exterior, y los altos precios del petróleo, han contribuido al desarrollo actual de este tipo de operaciones.

Descripción del proceso de fractura hidráulica

El proceso consiste en realizar una perforación vertical a una profundidad comprendida entre 1000 y 5000 metros, en función de las características geológicas del terreno, que, posteriormente, en el fondo de la misma, se perfora en sentido horizontal o inclinado. A continuación, se introduce una gran cantidad de fluido (agua a presión, arena y compuestos químicos), con lo que se consigue una presión muy elevada que es capaz de fragmentar las rocas y liberar el hidrocarburo presente en el subsuelo. Al mismo tiempo, pueden efectuarse pequeñas detonaciones subterráneas para favorecer el proceso de fractura. Los compuestos químicos utilizados tienen como objetivo principal mejorar la efectividad de la fractura, aunque los agentes químicos utilizados suelen estar sometidos a secreto industrial. No obstante, en la página web de la plataforma que reúne a la industria en España (Shale Gas España) se indica que “la composición química de los compuestos utilizados como aditivos químicos se reve-

la a las autoridades competentes. Además, la industria se compromete a mantener informados a los ciudadanos acerca de los compuestos que se utilizarán como aditivos en cada pozo”.

Antecedentes en operaciones de estimulación de rocas

Desde los años 70, se encuentran descritas, dentro del campo de la hidrología subterránea, las siguientes operaciones de estimulación de rocas en medios acuíferos para obtener agua potable:

* Estimulación y desarrollo por acidificación [2]. “(...) La acidificación consiste en adicionar un ácido, que generalmente es ácido clorhídrico comercial, al medio acuífero. De esta forma, se disuelven las rocas calizas con rapidez y las rocas dolomías más lentamente. La cantidad de ácido a inyectar es elevada, siempre del orden de varias toneladas, pudiendo alcanzar decenas. La eficacia del proceso de acidificación puede ser mejorada utilizando ciertos aditivos químicos [3], tales como cloruro cálcico, ácido láctico, alcohol amílico, etc.”.

* Estimulación y desarrollo con explosivos [2]. “(...) La estimulación con explosivos se debe aplicar a rocas duras donde la permeabilidad dominante sea la fisurización. A veces se usa la nitroglicerina, pero la dinamita y la gelatina explosiva son más fáciles de manipular y menos peligrosas, y por ello son los explosivos más utilizados en la estimulación de pozos, junto con el explosivo amonato (...).”.

Aspectos medioambientales regulados en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos

Los requisitos ambientales para el solicitante de autorización de la actividad de exploración se refieren a medidas de protección ambiental. Para la actividad de investigación los requisitos ambientales se refieren a medidas de protección ambiental y el plan de restauración. Para la actividad de explotación los requisitos ambientales se refieren a estudio de impacto ambiental, plan de desmantelamiento y abandono de las instalaciones, así como recuperación del medio.

La Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de octubre, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directi-

va 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de gas natural, incluye los anteriores requisitos ambientales para el solicitante de autorización.

Potenciales consecuencias del *Fracking* en el medio ambiente

Vale la pena destacar que las diferentes actividades asociadas al proceso de fractura hidráulica generan situaciones de riesgo para nuestro entorno, lo que no equivale necesariamente a que se produzca un impacto desfavorable en nuestro medio ambiente, puesto que el establecimiento de las oportunas medidas preventivas para cada uno de los impactos puede hacer que los riesgos sean muy reducidos, aunque nunca serán nulos, tal y como sucede en cualquier actividad. En la actualidad, el de las posibles consecuencias del proceso de fractura hidráulica es un tema controvertido, debido precisamente a las diferentes interpretaciones sobre el potencial riesgo que conllevan las operaciones asociadas al *Fracking*, y, consecuentemente, sobre la probabilidad de que se produzca un determinado impacto negativo en el medio ambiente.

Las diferentes interpretaciones de las posibles consecuencias ambientales del *Fracking*, pueden hacer que unos países prohíban las operaciones de fractura hidráulica (por ejemplo, Francia, Bulgaria,...), y otros las autoricen (por ejemplo, EE.UU., Reino Unido, Polonia,...).

Las potenciales consecuencias medioambientales se han estructurado en los siguientes ámbitos:

- 1.- Disponibilidad de agua.
- 2.- Tratamiento de aguas residuales.
- 3.- Acuíferos.
- 4.- Ciclo del agua.
- 5.- Movimientos sísmicos.
- 6.- Emisiones a la atmósfera.
- 7.- Riesgo de incendio y explosión.
- 8.- Ocupación de terreno y paisaje.
- 9.- Ruido y circulación de vehículos pesados.
- 10.- Proximidad a zonas residenciales.
- 11.- Lugares de especial interés medioambiental.

1.- Disponibilidad de agua

El proceso de fractura hidráulica requiere cantidades importantes de agua. En la fase de explotación, en cada kilómetro cuadrado se pueden instalar entre 1 y 6 po-

zos. Cada pozo requiere entre 10 000 m³ y 30 000 m³, lo que equivale a unos 400-1200 camiones cisterna.

La necesidad de agua y la explotación de acuíferos pueden generar conflictos relacionados con el uso del agua. Uno de los principales conflictos puede aparecer en el sector agrícola.

2.- Tratamiento de aguas residuales

Además de los agentes químicos utilizados en las operaciones, el fluido de retorno puede contener, entre otras cosas, altas concentraciones de sodio, calcio y magnesio, debiendo ser oportunamente tratado antes de su vertido, puesto que el agua con sales puede inhibir la germinación y crecimiento vegetal. Además, grandes cantidades de sodio pueden cambiar las propiedades de los suelos [4].

3.- Acuíferos

Potencial contaminación por gas metano y agentes químicos:

Pueden existir fugas por una deficiente o inadecuada construcción del pozo. La contaminación de acuíferos por metano o agentes químicos es posible, pero su probabilidad es baja [4]; de hecho, se conoce la existencia natural de gases en las aguas subterráneas, independientemente de las operaciones de fractura hidráulica [5]. La probabilidad disminuye según aumenta la profundidad de las operaciones de *Fracking*. Existe también el riesgo de que la fracturación hidráulica pueda facilitar la migración de sustancias tóxicas naturales presentes en el subsuelo, tales como mercurio, plomo, arsénico, etc. [4].

Controversia en estudios sobre la potencial contaminación de acuíferos por gas metano:

Existen dos publicaciones en la revista científica *PNAS (Proceedings of the National Academy of Science of the United States of America)*, realizadas en 2011, que resultan controvertidas:

* Título: "Contaminación de metano en el agua acompañando a pozos de perforación y fractura hidráulica" (autor: OSBORN, S. G., y colaboradores) [6].

El estudio concluye que existe una mayor concentración de metano en el agua analizada próxima a los pozos. En algunos casos, la concentración de metano está próxima al riesgo de explosión (64 mg/l). Sin embargo, no se observa contaminación por agentes químicos

utilizados en el proceso del *Fracking*. Concluye que resulta necesaria una regulación para garantizar el futuro sostenible de las extracciones.

* Título: "Falta de datos para asociar una relación entre la contaminación por metano en el agua y la fractura hidráulica" (autor: SABA, T., y colaboradores) [7].

En este trabajo se critica el estudio anterior, indicando que las concentraciones medias de metano observadas, los isótopos analizados y la falta de comparación entre pozos activos y no activos, no permiten asegurar la relación entre la contaminación por metano y la fractura hidráulica, pudiendo tratarse de una contaminación de origen natural, lo que podría estar relacionado con la existencia de metano en pozos en los que no ha existido fracturación hidráulica en más de 500 km a la redonda [5].

4.- Ciclo del agua

En respuesta a la preocupación pública, la Cámara de Representantes de EE.UU. pidió a la Agencia de Protección Ambiental (EPA-Environmental Protection Agency) realizar investigaciones científicas para examinar la relación entre los procesos de fractura hidráulica y los recursos de agua potable (USHR, 2009). En el año 2011, la EPA comenzó sus investigaciones mediante el "Estudio de los potenciales impactos de la fractura hidráulica en los recursos de agua potable". Se emitió un informe de progreso [8] en el mes de diciembre de 2012, pero los resultados finales no estarán disponibles hasta 2014. La información presentada en el informe de progreso no permite obtener conclusiones sobre el posible impacto del *Fracking* en los recursos de agua potable.

El estudio de la EPA se ha estructurado en cinco etapas, con el siguiente alcance:

1.- Toma de agua (*Water acquisition*). Estudio de los posibles impactos de las extracciones de grandes volúmenes de agua superficial y subterránea en los recursos de agua potable.

2.- Mezcla química (*Chemical Mixing*). Estudio de los posibles impactos de derrames de los fluidos del *Fracking* en la superficie, en la zona de los pozos y en los recursos de agua potable.

3.- Inyección en el pozo (*Well injection*). Estudio de los posibles efectos de la inyección de la mezcla química y el proceso de fractura hidráulica en los recursos de agua potable.

4.- Flujo de retorno y agua residual producida (*Flowback and produced wastewaters*). Estudio de los

posibles impactos del fluido de retorno y de los derrames superficiales en la zona del pozo o en los recursos de agua potable.

5.- Tratamiento del agua residual y disposición de residuos (*Wastewater treatment and waste disposal*). Tratamiento de aguas residuales y eliminación de residuos. Posibles efectos del tratamiento inadecuado de las aguas residuales sobre los recursos de agua potable.

5.- Movimientos sísmicos

La posible relación entre el proceso de fractura hidráulica y la actividad sísmica es un asunto controvertido. Hasta ahora, la industria no ha reconocido que el proceso de fractura hidráulica genere actividad sísmica de grado significativo. De hecho, el uso habitual del *Fracking* en Estados Unidos no parece haber demostrado una relación causal directa entre la fractura y la actividad sísmica [4]. Tan solo se han reconocido dos micro-sísmos en el condado de Lancashire (Reino Unido), de 2,3 y 1,5 grados en la escala de Richter. El ministro de Energía del Reino Unido autorizó seguir adelante con los trabajos, implantando nuevas medidas de control para minimizar el riesgo de actividad sísmica.

Desde la asociación Shale Gas España se afirma que “la empresas monitorizan en tiempo real la actividad sísmica que se puede producir antes y durante las operaciones, lo que les permite detectar cualquier registro anómalo y establecer, en su caso, las medidas correctoras necesarias”.

6.- Emisiones a la atmósfera

Resulta un aspecto controvertido debido a las siguientes circunstancias: Para la industria uno de los aspectos favorables del gas extraído mediante *Fracking* consiste en que se reducen las emisiones de CO₂ en comparación con otras energías tales como petróleo y carbón. No obstante, se pueden producir emisiones por gas metano, por lo que no se reducirían las emisiones de gases de efecto invernadero. El gas metano tiene un poder 20 veces superior al CO₂ como gas de efecto invernadero cuando se emite directamente a la atmósfera [1]. Por otra parte, las inversiones destinadas a operaciones utilizando la técnica del *Fracking* podrían reducir las inversiones destinadas a energías renovables con un balance de carbono cero.

Emisiones de metano y compuestos orgánicos volátiles:

La Agencia de Protección Ambiental (EPA) de EE.UU. anunció, el pasado 18 de abril de 2012, una nueva y actualizada regulación de la contaminación atmosférica de las emisiones de metano y compuestos orgánicos volátiles para las instalaciones de producción de gas y petróleo. Las empresas productoras disponen de un plazo, que finaliza en enero de 2015, para cumplir con las nuevas regulaciones, resultando obligatorias para los nuevos pozos. Las nuevas reglas requieren equipamientos tales como plantas de proceso, tanques de almacenamiento, controles neumáticos, deshidratadores de glicol, compresores en las tuberías, etc. [1].

7.- Riesgo de incendio y explosión

El hidrocarburo a extraer mediante las operaciones de *Fracking* es un compuesto inflamable, lo que genera, en sentido general, un riesgo de incendio y explosión. No obstante, este riesgo también existe en otras actividades industriales, distintas a la fractura hidráulica, que manejan sustancias inflamables, donde se deben establecer las oportunas medidas de seguridad y control.

8.- Ocupación de terreno y paisaje

Las operaciones de fractura hidráulica precisan de una significativa ocupación de terreno, por lo que la fase de explotación, utilizando la técnica de fractura hidráulica, produce un notable impacto en el paisaje. No obstante, una vez finalizadas las operaciones de fractura hidráulica, deben establecerse las oportunas actuaciones para llevar a cabo la restauración del paisaje.

9.- Ruido y circulación de vehículos pesados

Las operaciones de fractura hidráulica conllevan un incremento del ruido debido a la circulación de vehículos pesados, pero estas circunstancias no son exclusivas de las actividades de *Fracking*, ya que también ocurren en otras actividades (industriales o mineras).

10.- Proximidad a zonas residenciales

Ciertos riesgos para las personas derivados de las operaciones de *Fracking* se incrementan cuando las instalaciones se encuentran próximas a zonas residenciales. Se deberían evitar las operaciones de *Fracking* en las proximidades de zonas residenciales.

11.- Lugares de especial interés medioambiental

Para garantizar la adecuada protección medioambiental y evitar cualquier tipo de riesgo, se deberían evitar, en la medida de lo posible, las operaciones de fractura hidráulica en zonas donde el potencial impacto pueda afectar a lugares de especial interés medioambiental, tales como parques naturales, parajes naturales municipales, lugares de importancia comunitaria (LIC), zonas de especial protección para las aves (ZEPA), humedales, etc.

Impacto social de los aspectos ambientales

El movimiento social de rechazo a las operaciones de *Fracking* es creciente, y se está produciendo en los diferentes países donde se autorizan operaciones de fractura hidráulica.

Oportunidad de desarrollo económico y social

La explotación de gas no convencional (gas pizarra, o gas de esquisto) puede suponer una oportunidad para impulsar el desarrollo económico y social, generando actividad económica y empleo. Estos aspectos positivos en el desarrollo económico que comporta esta actividad, son aspectos básicos a considerar bajo el punto de vista del desarrollo sostenible.

Al mismo tiempo, podrían contribuir a conseguir una menor dependencia del gas exterior.

Posicionamiento del Ilustre Colegio de Geólogos sobre la fracturación hidráulica

La Junta de Gobierno del Ilustre Colegio Oficial de Geólogos (ICOG) de fecha 18 de febrero de 2013, aprobó el siguiente posicionamiento sobre la técnica de la fracturación hidráulica:

"El ICOG insta a los poderes públicos a que regulen adecuadamente el empleo de las tecnologías de fractura hidráulica para evitar que afecten a la salud humana, a los bienes y al medio ambiente, particularmente a los acuíferos (...)

"El ICOG se pone a disposición de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas y organismos y poderes públicos con competencias en la materia, para asesorar en la realización de una norma-

tiva de fracturación hidráulica medioambientalmente sostenible, sobre todo en aquellos puntos relacionados con el medio natural (geología, hidrogeología, contaminación de acuíferos, riesgos de afección, etc.)".

Permisos de investigación de hidrocarburos en la provincia de Valencia

En la provincia de Valencia los permisos vigentes para la investigación de hidrocarburos denominados "Benifayó", "Gandía", "Alta Mar 1" y "Alta Mar 2", se circunscriben geográficamente a zonas de mar (figura 1). En la definición de los permisos de investigación en el subsuelo marino, en principio, no se contemplan operaciones de fractura hidráulica.

Existe una solicitud de permiso de investigación denominada "Polifemo" (figura 1), que fue publicada en el BOE el día 10 de enero de 2011, que cubre área de tierra y mar. Los municipios afectados son Gandía, Simat de Valldigna, Tabernes de Valldigna, Barx, Favara, Pinet, Xeresa, Xeraco, Rafelguaraf, Carcaixent, Alzira y Quatretonda. La solicitada, en el momento actual, se encuentra pendiente de autorización por parte de la Administración central.

Conclusiones

A pesar de la creciente movilización social, nacional e internacional, frente a las operaciones de fractura hidráulica, cabe destacar que sus potenciales impactos en el medio ambiente, que tienen un carácter universal, han resultado ser, en algunos casos, controvertidos.

Por otra parte, los requisitos ambientales que establece la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, para las actividades de inspección y explotación, son claramente distintos:

- En el caso de actividades de investigación se deben acreditar las medidas de protección ambiental.
- En el caso de actividades de explotación se debe acreditar un estudio de impacto ambiental.

Asumiendo que las medidas de protección ambiental deben ser las oportunas, los autores de esta publicación consideran que a la vista de los elementos intervinientes en el proceso de fractura hidráulica, debería requerirse, en cualquier caso, en las fases tanto de investigación como de explotación, un estudio de impacto ambiental a los solicitantes de autorización, que incluya las "medidas" para garantizar una oportu-

tuna protección ambiental, dado que este estudio es el instrumento de que dispone la Administración para garantizar que se toman las medidas preventivas y correctivas para minimizar todo tipo de impactos en el medio ambiente.

En resumen, la técnica de fractura hidráulica, por sus características físicas y químicas, puede generar potenciales impactos en el medio ambiente, tales como la necesidad de un gran consumo de agua, la potencial emisión de contaminantes a la atmósfera, la potencial contaminación del agua subterránea, la potencial contaminación del subsuelo y suelo, la potencial generación de actividad sísmica, la generación de contaminación acústica (ruido), la alteración del paisaje, etc. Cualquiera de estos potenciales impactos podría fundamentar una posición contraria, especialmente a nivel social, al uso de las técnicas de *Fracking*. Además, es razonable pensar que la cantidad de hidrocarburo a extraer será proporcional a la magnitud del proceso de fragmentación de las rocas, circunstancia que podría incrementar, a nivel teórico, los potenciales impactos. Como medio de favorecer una adecuada protección ambiental, todos los potenciales impactos anteriormente citados deberían ser considerados en un profundo estudio de impacto ambiental.

Ahora bien, la profundidad en el subsuelo en que se realizan las operaciones de fractura de las rocas, los estudios previos realizados (geológicos, hidrogeológicos, etc.), las tecnologías utilizadas y los sistemas de seguridad (prevención y control) empleados, pueden hacer que el grado de riesgo, es decir, la probabilidad de que un impacto potencial pueda transformarse en un impacto real negativo en el medio ambiente, se minimice notablemente.

Algunos posibles impactos en el medio ambiente han resultado controvertidos. Atendiendo a un criterio de prudencia, cabría esperar hasta conocer el resultado de las experiencias internacionales sobre el *Fracking* para disponer de mayor información sobre el grado de riesgo real de los potenciales impactos en el medio ambiente. Como ejemplo, es oportuno destacar que el estudio de los potenciales impactos de la fractura hidráulica en los recursos de agua potable, que está llevando a cabo la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA), tiene prevista su finalización en el año 2014.

Los autores de esta publicación consideran necesaria la regulación de todos los aspectos medioambientales asociados con la técnica de fractura hidráulica. De

forma adicional a los ámbitos propuestos por el Ilustre Colegio Oficial de Geólogos (Geología, Hidrogeología, contaminación de acuíferos, riesgos de afección, etc.), deberían regularse, por ejemplo y entre otros, los agentes químicos a utilizar y su cantidad, el control y minimización de potenciales emisiones de metano y compuestos orgánicos volátiles, el control y tratamiento de aguas residuales con sustancias químicas peligrosas que pueden migrar desde el subsuelo a la superficie, las mejores técnicas disponibles, etc.

Además, sería muy oportuno que la regulación de los aspectos ambientales de la fractura hidráulica se realizase en la Unión Europea, puesto que, en determinadas circunstancias, el potencial impacto de las operaciones de *Fracking* podría afectar a más de un país.

Bibliografía

- [1] WEINHOLD, B., "The future of Fracking. New rules target air emissions for cleaner natural gas production", *Environmental Health Perspect*, 2012 July, 120 (7): a272-a279.
- [2] CUSTODIO, E. y LLAMAS, M. R., *Hidrología subterránea*, Ed. Omega, 1976.
- [3] SANCHÍS, E., *Sistema simplificado de acidificación de pozos* (ponencia en la Conferencia nacional sobre hidrogeología general y aplicada), Salón bienal monográfico del agua, Zaragoza, 1975.
- [4] PEDUZZI, P., et. al., "Gas Fracking: can we safely squeeze the rocks?", UNEP (United Nations Environment Programme) – Geneva, Environmental Development, 2012.
- [5] RODRÍGUEZ ESTRELLA, T., et. al., "Problemática de la presencia de gases en las aguas subterráneas del valle del Guadalentín (Murcia)", *IV Simposio de Hidrogeología*, págs. 117-137, Palma de Mallorca, 1987.
- [6] OSBORN, S. G., et al., "Methane contamination of drinking water accompanying gas-well drilling and hydraulic fracturing", *Proc Natl Acad Sci USA*, 2011 May 17, 108 (20): 8172-6.
- [7] SABA, T., et al., "Lack of data to support a relationship between methane contamination of drinking water wells and hydraulic fracturing", *Proc Natl Acad Sci USA*, 2011 Sept 13, 108 (37): E663.
- [8] *Informe de progreso de la EPA* (Environmental Protection Agency, EE.UU.) *sobre el potencial impacto de la técnica de fractura hidráulica en los recursos de agua potable*, 2012.

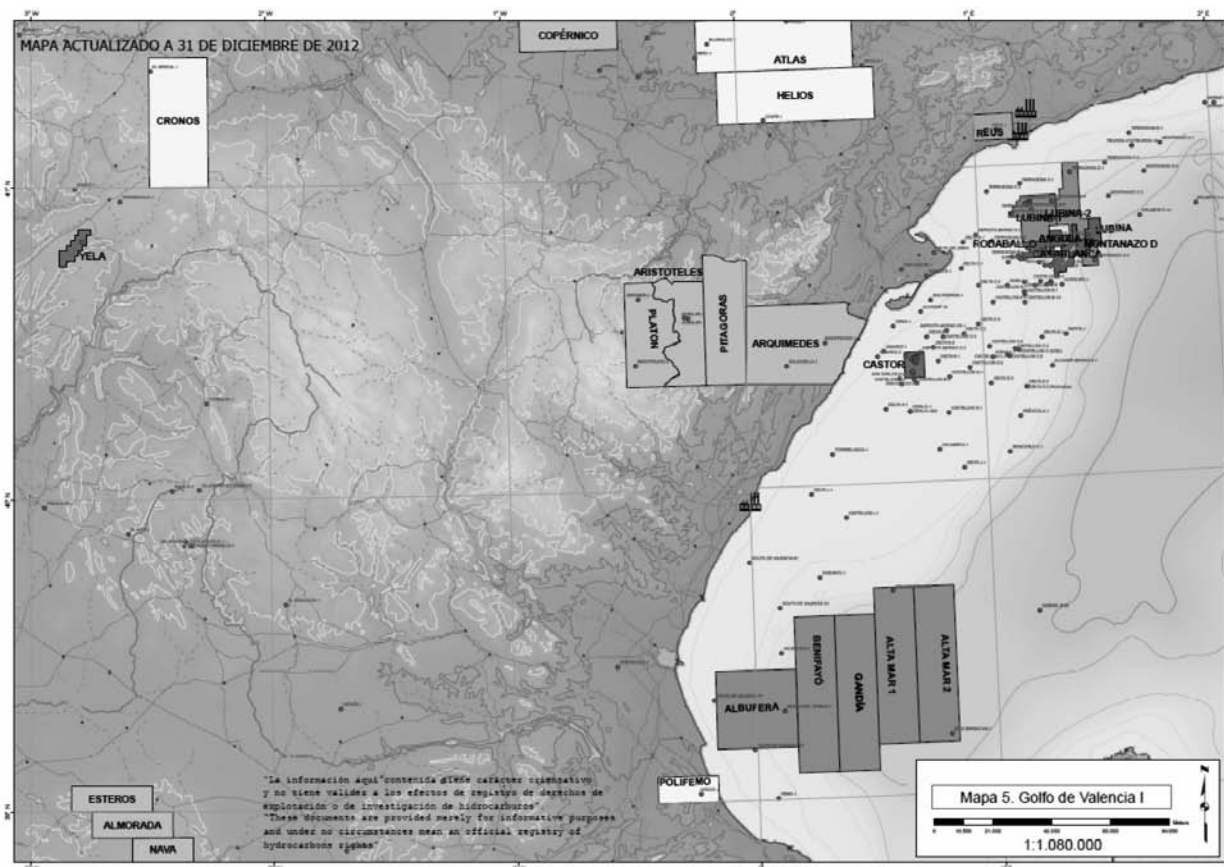
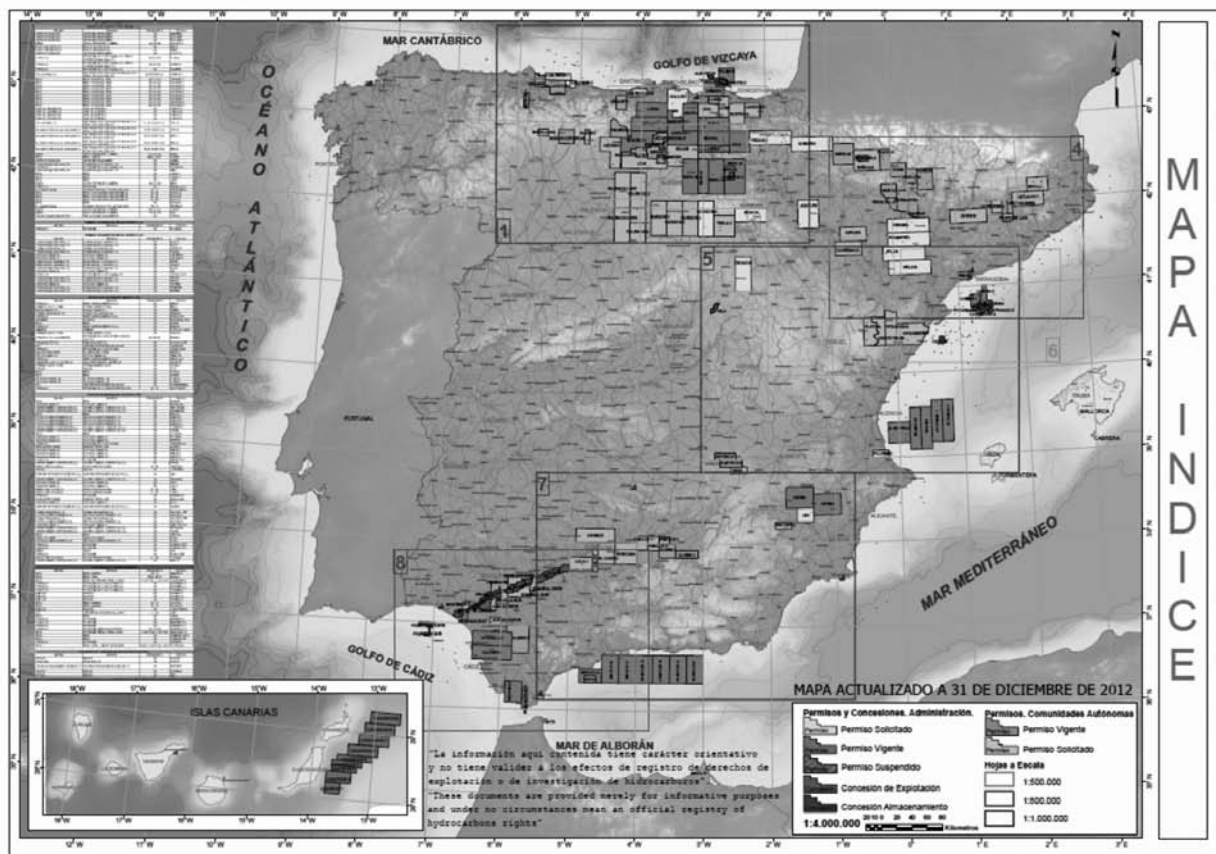


Figura 1: Permisos de investigación de hidrocarburos
(Información en los mapas actualizada a 31 de diciembre de 2012)
Fuente: Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2013. ■

Informe de la Secretaría General sobre la oferta de empleo público para 2013 de la Diputación Provincial de Huesca

Antonio Serrano Pascual

Secretario general de la Diputación Provincial de Huesca

- 1. Normativa aplicable
- 2. Fundamentos de derecho
- 3. Conclusión

1. Normativa aplicable

– Artículos 10.4, 16, 18 y 70 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

– Artículo 23 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

– Artículos 134 y 169.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).

2. Fundamentos de derecho

Primero.– El artículo 10.4 del EBEP dispone que en el supuesto de funcionarios interinos nombrados por la existencia de plazas vacantes¹ –no, obviamente, cuando se trata de la sustitución transitoria de los titulares, de la ejecución de programas de carácter temporal o de nombramientos por excesos o acumulaciones de tareas– esas vacantes deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

En parecidos términos –aunque resulta irrelevante una previsión diferente, ya que estamos ante una norma básica– se refleja ello también en la legislación autonómica, como sucede, por ejemplo, con el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación

de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyo artículo 7.4 establece que las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios.

Por otro lado, el artículo 70 del EBEP señala que en todo caso la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años, debiendo publicarse en el diario oficial correspondiente, en este caso el Boletín Oficial de Aragón, pudiendo contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.

Segundo.– La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, regula en el artículo 23 la oferta de empleo público para el presente ejercicio, que viene a reproducir prácticamente² la previsión de la LPGE para 2012, aunque permite llegar al cien por cien de la tasa de reposición de efectivos, para plazas de policías locales, siempre que se trate de entidades locales que cumplan o no superen los límites que fije la legislación reguladora de las Haciendas locales o, en su caso, las leyes de Presupuestos Generales del Estado, en materia de autorización de operaciones de endeudamiento. Además, deberán cumplir el principio de estabilidad al que se refiere el artículo 11.4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, tanto en la liquidación del presupuesto del ejercicio inmediato anterior como en el presupuesto vigente. En relación con este último, los respectivos

1. El EBEP no contempla la problemática del personal laboral temporal contratado con cargo a vacantes.

2. Algunas novedades, no obstante, dentro del límite del 10 % de la tasa de reposición de efectivos, se introducen en materia de plazas relacionadas con el control de subvenciones públicas, asesoramiento jurídico, gestión y control de la asignación eficiente de los recursos públicos...

plenos de las entidades locales, dice este precepto que deberán aprobar un plan económico-financiero en el que se incluya la medida a la que se refiere la presente norma, y se ponga de manifiesto que, igualmente, se da cumplimiento al citado principio de estabilidad presupuestaria, acreditándolo la correspondiente entidad local ante el MHAP, previamente a la aprobación de la convocatoria de plazas.

Tercero.— El Tribunal Supremo, en una muy relevante sentencia, de 29 de octubre de 2010, RJ\2010\8233, de la que ha sido ponente el magistrado don José Díaz Delgado, recaída en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la oferta de empleo público del Gobierno de Aragón, para 2007, en el recurso de casación promovido por la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa³ contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 18 de mayo de 2008, que casa y anula, y estima el recurso contencioso-administrativo.

El Alto Tribunal rechaza, en primer lugar, la oposición de CCOO, que alegaba la falta de legitimación de la Asociación —resulta gratificante, en este sentido, que el Tribunal Supremo reconozca la legitimación del mundo asociativo funcional en pro de la adecuada aplicación de la legalidad vigente en materia de empleo público—, y condena al Gobierno de Aragón, anulando la oferta de empleo público de 2007, sobre la base de las previsiones del artículo 10.4 del EBEP⁴, en el sentido de que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, y si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

Considera el Tribunal Supremo que estamos ante una ilegalidad que afecta a un derecho fundamental, el previsto en el artículo 23.2 de la Constitución española de 1978, de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, derecho fundamental de configuración legal, y lo razona de la forma siguiente:

“[...] pues no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos. Frente a dichos preceptos no cabe admitir los argumentos de la Administración recogidos en la sentencia de que el hecho de no sacar todas las plazas de interinos se debía a la razón de mejorar los procesos selectivos futuros, impidiendo que bajara la calidad de los seleccionados y que en el futuro no pudieran haberse ofertas públicas, al no existir vacantes. Pero ello ocurrirá si los tribunales calificadoros no cumplen con el rigor de la exigencia de la capacidad y mérito necesario a la hora de seleccionar, no teniendo por qué cubrirse todas las vacantes en el mismo proceso de selección.

“Tampoco cabe alegar motivos económicos y de autoorganización, pues las plazas están presupuestadas y ocupadas por funcionarios interinos. En consecuencia, lo que no puede alegarse es el incumplimiento de la ley, cuando es clara y precisa, en desarrollo precisamente del derecho fundamental alegado por los recurrentes”.

De este fallo ya se ha hecho eco la doctrina más autorizada, como Sánchez Morón, en dictamen⁵ de septiembre de 2011, página 5, que parte de reconocer que las altas tasas de interinidad “no tienen justificación alguna, ni en términos jurídicos ni de buena administración”, situación que “beneficia en exclusiva a quienes accedieron a un empleo público de manera supuestamente provisional mediante criterios poco o menos rigurosos o incluso, en no pocos casos, sin publicidad y competencia alguna y excluye la posibilidad del resto de los ciudadanos de participar en procedimientos de selección en condiciones de igualdad”.

Además, sobre esta misma cuestión, referida al acuerdo del Gobierno de Aragón aprobatorio de la oferta de empleo público para 2007, la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa interpuso un recurso contencioso-administrativo, en este caso por el procedimiento ordinario, recurso de casación núm. 5911/2009, en el que ha recaído sentencia, del

3. Puede consultarse el blog de la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa en <http://asocfuncionpublica.blogspot.com.es/>

4. Así como de lo dispuesto en el artículo 7.4 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, al establecer también que las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios.

5. Véase el Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección, que puede consultarse en <http://www.aciae.com/2011/12/dictamen-sobre-interinos.html>

Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2012, de la que también ha sido ponente el magistrado don José Díaz Delgado, en la que el Alto Tribunal se reitera en el contenido de la anterior sentencia citada, de 29 de octubre de 2010, pero considera que no viene obligado a pronunciarse nuevamente sobre las mismas pretensiones y deba entenderse producida la pérdida sobrevenida de objeto “por ser el objeto al que se circunscribe el pronunciamiento de la repetida sentencia, de 29 de octubre de 2010, cuando declara la nulidad del Decreto 67/2007, ‘en tanto omite en la misma todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos’”.

Estamos, por lo tanto, ante jurisprudencia del Tribunal Supremo, al reiterarse en esta segunda sentencia sobre el contenido del fallo sentado en la primera de ellas, cuya claridad y relevancia son innegables, y que, por su contundencia, debe tener las necesarias consecuencias en el conjunto de las Administraciones Públicas.

El problema de la inclusión de las vacantes cubiertas con personal interino tiene una nueva perspectiva, a partir de las LPGE de 2012 y 2013, en cuanto que prohíben la aprobación de ofertas de empleo público, con las excepciones en determinados sectores de hasta el 10 % de la tasa de reposición de efectivos, o del 100 % para la Policía municipal, en la LPGE para 2013, o el desarrollo de ofertas derivadas de ejercicios anteriores.

En este sentido, nos puede surgir la duda de si en este caso esta jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue siendo de aplicación, y la respuesta debe pasar por la misma conclusión, es decir, las vacantes cubiertas con interinos deben incluirse necesariamente, salvo que se decida su amortización o se trate de nombramientos para interinos sin cargo a vacante –por sustitución transitoria de titular, programas de carácter temporal o acumulación de tareas–, por lo que la prohibición de aprobación de ofertas de empleo público no puede referirse a ofertas que afectan a este tipo de vacantes cubiertas con personal interino, en cuyo caso existe no ya la posibilidad sino la obligación ineludible de incluir estas plazas para su acceso en el marco de lo previsto en la legislación básica de empleo público.

Hay que considerar, en este orden de cosas, que el Tribunal Supremo trata de hacer una lectura acorde entre las LPGE y el EBEP, de forma que, aunque no lo haya dicho expresamente, parece que las prohibiciones o limitaciones para aprobar ofertas de empleo público contenidas en aquellas operarían respecto de las plazas no cubiertas interinamente o de las que pudieran crearse en las plantillas.

Además, hay que tener en cuenta la reciente sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 10 de febrero de 2012, de la que ha sido ponente la magistrada doña Nerea Juste Díez de Pinos, recaída en un nuevo recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa, recurso núm. 328/2011, procedimiento especial de derechos fundamentales, en esta ocasión contra el Decreto 83/2011, de 5 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2011 de la Comunidad Autónoma de Aragón, y el Decreto 133/2011, de 14 de junio, que modifica la anterior disposición.

La Asociación demandante solicitaba la inclusión en la oferta de empleo de 2011 de todas las plazas reservadas a funcionarios y trabajadores, cubiertas por personal interino o temporal, a las que venía legalmente obligado el Gobierno de Aragón, con base en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010, y, subsidiariamente, con los límites establecidos por la legislación presupuestaria. En el periodo probatorio se puso de relieve que afectaba a 1589 funcionarios interinos –además de los 679 puestos reservados– y a 776 contratados laborales temporales interinos –de los cuales 43 eran puestos reservados–.

El pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Aragón no puede ser más rotundo, cuando declara: “Pues bien, a tenor de la anterior doctrina es obvio que la Administración demandada vulneró el principio de igualdad en el acceso a la función pública, al omitir en la oferta de empleo público la relación de las vacantes cubiertas por personal interino sin que pueda inferirse conclusión distinta de las Leyes de Presupuestos estatal y autonómica [...]”.

En este sentido, recuerda que la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, prevé en su artículo 23, como antes hemos indicado, que durante 2011 el número total de plazas de nuevo ingreso será, como máximo, igual al 10 % de la tasa de reposición de efectivos, incluyendo dentro de ese límite los puestos y plazas desempeñados por personal interino por vacante, contratado o nombrado con anterioridad, excepto aquellos sobre los que exista reserva de puesto de trabajo, que estén incurso en procesos de provisión o se decida su amortización, sin tomar en consideración las plazas afectadas por procesos de consolidación de empleo contemplados en la Disposición transitoria 4.ª del EBEP.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón añade: “[...] sin que a tenor de la doctrina que emana de la

sentencia del Tribunal Supremo referida pueda sostenerse que exista identidad entre la oferta de plazas de nuevo ingreso para el sector público que, como máximo será el 10 % de la tasa de reposición de efectivos, con la oferta de empleo público de las plazas cubiertas por personal interino, que con arreglo a los preceptos legales y doctrina enunciada deben ser incluidas⁶, sin que la Administración a tenor de lo expuesto pueda aducir motivos económicos y de autoorganización para no dar cumplimiento a lo anterior”.

En consecuencia, el TSJ de Aragón estima el recurso especial de derechos fundamentales interpuesto por la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa en la parte referida de los decretos citados, que se anulan y se dejan sin efecto, “en cuanto omiten en los mismos todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos [...]”.

Cuarto.— En otro orden de cosas, pero también ligado a la oferta de empleo público —partiendo de que ya hemos señalado que las interinidades con cargo a vacantes deben ser incluidas en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo que se decida su amortización—, nos encontramos ante la incidencia de la promoción interna en relación con las prohibiciones o, en su caso, las limitaciones de aprobación de ofertas de empleo público de las Administraciones Públicas.

En este sentido, en consulta elevada a la Dirección General de la Función Pública, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por esta Diputación Provincial, en fecha 3 de febrero de 2012, se preguntaba al Ministerio si las promociones internas del personal, en el caso de amortizarse las plazas vacantes de origen resultantes de la promoción y, en su caso, junto con la minoración de otras partidas del presupuesto para compensar el coste de la indicada promoción, debían entenderse excluidas de la aplicación de la limitación presupuestaria —en este caso contenida en el artículo 3 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público—.

Asimismo se preguntaba al Ministerio si la prohibición solo afectaba a la imposibilidad de convocar ofertas de empleo, o si se podría proceder a la creación de plazas y al nombramiento de personal interino para las mismas, dentro de los supuestos excepcionales con-

templados por las leyes de Presupuestos Generales del Estado.

En la respuesta de la Subdirección General de Planificación de Recursos Humanos y Retribuciones, de fecha 15 de febrero de 2012, se indica que la promoción interna forma parte de la planificación de recursos humanos, que es competencia de cada Administración Pública, a tenor de lo previsto en el artículo 69 del EBEP, y se precisa que el artículo 3 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, se refiere a oferta de empleo público, entendiendo por tal el acceso a las distintas Administraciones Públicas del personal de nuevo ingreso, con lo que de un modo implícito viene a reconocer que siguen siendo plenamente válidos los procesos de promoción interna en las Administraciones Públicas, siempre que, como también recuerda, cualquier promoción interna o contratación o nombramiento cuente con las correspondientes disponibilidades presupuestarias del Capítulo I del presupuesto de gastos de la Administración de que se trate.

En esta misma respuesta ministerial, que comentamos, también se señala que la creación de puestos de trabajo, así como el nombramiento de personal temporal, es competencia de cada Administración Pública, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 69 del EBEP, en el marco de la capacidad autoorganizativa de cada Administración para la planificación de sus recursos humanos, recordando también que tiene carácter básico la limitación para contratar personal temporal o el nombramiento de funcionarios interinos, como ya vimos anteriormente. Por ello, el Ministerio, aunque no lo afirma con claridad, está reconociendo esta posibilidad de creación de plazas en el marco de la capacidad de autoorganización.

En cuanto al alcance de la promoción interna, hay que tener en cuenta que forma parte de la carrera profesional de los funcionarios de carrera (artículos 16 y 18 del EBEP), con eficacia demorada, y también ha de recordarse el carácter abierto de los procesos selectivos que ordena el artículo 61 del propio EBEP, aunque añada que sin perjuicio de lo previsto para la promoción interna.

Asimismo, habrá que tener en cuenta la existencia de la posible normativa específica que obligue a unos determinados porcentajes máximos para la promoción interna, como sucede con el artículo 169.2 del Real

6. El TSJ de Aragón llega a diferente conclusión por lo que se refiere al personal laboral, al considerar que “difícilmente pueden ser ofertadas aquellas que cuando se convocó el concurso de traslados no era posible conocer su disponibilidad [...]”.

Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), que ha pasado a tener naturaleza básica⁷, precepto sobre el cual la jurisprudencia⁸ del Tribunal Supremo ha determinado su vigencia, a pesar de que se venía sosteniendo que había sido afectado por el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local.

Esta limitación en materia de promoción interna, aspecto que deberá observarse en la provisión de dos plazas de administrativo de Administración General cubiertas con funcionarios interinos, conforme a los datos obrantes en el expediente, en la actualidad afecta a los dos administrativos interinos, por lo que una de dichas plazas debería cubrirse por el turno libre, en aplicación de lo previsto en el artículo 169.2 TRRL, entendiendo, aunque esta opinión pueda ser discutible, que el resto de plazas de administrativo de Administración General, al estar cubiertas en comisión de servicios con personal propio de la corporación, no entrarían en el cómputo para los porcentajes a reservar por el turno libre.

Quinto.— Finalmente, hay que recordar la necesidad de desarrollar y ultimar las convocatorias para la provisión de plazas resultantes de ofertas de empleo público anteriores de la Diputación Provincial de Huesca, correspondientes a los ejercicios 2008, 2009 y 2010, a fin de dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 70 del EBEP, cuyo detalle figura en el expediente obrante en Recursos Humanos.

3. Conclusión

Única.— La jurisprudencia del Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia en los fundamentos de derecho precedentes, supone la obligación de incluir necesari-

amente en la oferta de empleo público para 2013 las plazas vacantes incluidas con personal interino —excepto los casos de interinos nombrados para puesto reservado o para programas temporales o por acumulación de tareas en los términos del EBEP—, salvo que se decida su amortización, sin que a ello afecten las restricciones o prohibiciones de las diferentes leyes de Presupuestos Generales del Estado, conforme se indica en la citada jurisprudencia y en la sentencia del TSJ de Aragón, también comentada, de 10 de febrero de 2012.

El incumplimiento de la obligación de incluir en las ofertas de empleo público las plazas cubiertas interinamente con cargo a vacante, constituiría una violación del derecho fundamental de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución española de 1978, frente a la cual los titulares de intereses legítimos, sean individuales o colectivos (entre los que están las asociaciones de funcionarios, sindicatos, interesados...), pueden interponer, además del recurso contencioso-administrativo por el procedimiento ordinario, ante la inactividad de la Administración a que alude el artículo 29.1 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el procedimiento especial por el cauce preferente para la defensa de los derechos fundamentales, e incluso acudir, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, y por lo que se refiere a la promoción interna, se deben respetar los límites previstos en el artículo 169.2 TRRL para la Subescala Administrativa de Administración General, pudiendo considerarse que el límite del 50 % previsto en el artículo 134 debe computarse dentro del conjunto de plazas a incluir en la oferta de empleo público para 2013.

Lo que tengo el honor de informar, sin perjuicio de dictamen mejor fundado en derecho. ■

En Huesca, a 24 de abril de 2013

7. En aplicación de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

8. Así resulta de las SSTs de 12 de marzo de 2008, RJ\2008\2299, y de 30 de abril de 2008, RJ\2008\5263, que vienen aplicando los tribunales superiores de justicia, como se aprecia con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 27 de diciembre de 2011, RJ\2011\59063, en la que se declara —ante el supuesto de hecho de un ayuntamiento con una sola plaza de administrativo y la pugna entre el derecho a la carrera profesional y la promoción interna, frente al acceso libre— que “la promoción interna no puede constituir un derecho absoluto que vaya en contra de los intereses públicos o de otros igualmente dignos de protección. En ese sentido, hay que significar que las expectativas de promoción profesional de los funcionarios o la defensa que de ellos se haga no pueden constituirse en un fin en sí mismo que deba prevalecer sobre las necesidades de organización ni sobre derechos de otros ciudadanos”, y teniendo en cuenta también el artículo 134 TRRL, se llega a la conclusión de que no cabe en este caso la promoción interna.

33_{QDL}

Noticias bibliográficas

Noticias bibliográficas

Antonio Descalzo González

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Usos del agua. Concesiones, autorizaciones y mercados del agua

ANTONIO EMBID IRUJO (director)

Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013

Se ofrecen en este libro las ponencias y comunicaciones presentadas a las XVIII Jornadas de Derecho de Aguas; Jornadas que bajo la dirección experta del profesor Embid Irujo se vienen realizando periódicamente y con gran éxito en la ciudad de Zaragoza desde el año 1991.

El tema central que articula en esta ocasión los estudios es el análisis del funcionamiento de la técnica concesional en la asignación del agua, y el papel que, en su caso, puede otorgarse a las reglas de mercado en relación con la utilización de un recurso de dominio público como es el agua en nuestro derecho.

De esta manera, y desde distintas perspectivas donde se incluye el examen del derecho comparado, se obtiene una detallada panorámica de los problemas que se suscitan actualmente en relación con las tradicionales concesiones y autorizaciones, y, fundamentalmente, de la funcionalidad que los llamados mercados del agua pueden desempeñar en el futuro como sistema de asignación.

En efecto, y junto a los artículos generales sobre el tema estudiado, se recogen en el libro aportaciones sobre distintos asuntos y materias –las aguas minerales y termales, los usos de regadío, el vertido en las cuencas intercomunitarias, la cesión de derechos de agua intercuenas, los mercados informales y la fiscalidad– de valiosa utilidad para el lector interesado en la situación actual del derecho de aguas entre nosotros.

La conclusión general que puede extraerse de la presente obra colectiva es que el mercado de los derechos del agua no puede configurarse tanto como una vía sustitutiva del régimen concesional cuanto, más bien, como fórmula complementaria del mismo.

La contratación pública: problemas actuales

TOMÁS CANO CAMPOS y ELENA BILBAO ALEXIADES (coordinadores)

Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013

Como indica la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [Documento de la Comisión Europea COM(2011) 896 final, Bruselas, 20.12.2011], “no todos los Estados miembros supervisan de forma coherente y sistemática la aplicación y el funcionamiento de las normas de contratación pública, lo que compromete la aplicación eficaz y uniforme de la legislación de la Unión Europea”.

Con tal aseveración se acredita, una vez más, y entre otros muchos textos, la voluntad de las autoridades de la Unión Europea de reforzar la seguridad jurídica de los operadores económicos y de los poderes adjudicadores, así como de contribuir a establecer unas condiciones de competencia equitativas en el mercado de los contratos públicos.

Esta idea principal de afianzar y garantizar la normativa de los contratos del sector público dentro de la Unión Europea hace que esta materia constituya, como bien se sabe, uno de los mejores ejemplos de la llamada legislación motorizada que hoy caracteriza al derecho administrativo.

Desde esta perspectiva, se comprende la conveniencia y oportunidad de obras como la ahora anunciada donde, en efecto, y al hilo de las Jornadas que con tal fin organizó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, se ofrece ahora un riguroso análisis de las cuestiones más actuales que presenta el siempre complejo mundo de la contratación del sector público.

En particular, y luego de una primera reflexión del profesor Santamaría Pastor sobre “la constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación

pública”, la presente obra colectiva tiene como temas centrales de examen la cuestión de la modificación de los contratos, con un estudio general del profesor Gimeno Feliú, y, por otra parte, la del régimen de las garantías y responsabilidades en materia de contratación,

con un estudio general del profesor García-Trevijano Garnica.

Con el conjunto de excelentes aportaciones que integran el libro se obtiene, pues, un completo conocimiento de los problemas tratados. ■

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
- **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en lengua castellana o catalana, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.
- **FORMATO:** La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 10. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir los criterios normales de cita.
- En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecomillado seguido del autor del libro y del título del mismo en cursiva, editorial, ciudad de edición, año, página/s (p./pp.).

Ejemplo:

JIMÉNEZ ASENSIO, R., "¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas", en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, Bilbao, 2011, pp. 13-87.

- En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número (núm.), editorial, año y página/s (p./pp.).

Ejemplo:

PAREJO ALFONSO, L., "Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, junio de 2012, pp. 9-21.

Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecomilladas.

- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. Las Ponencias, crónicas y notas no superarán las 30 páginas. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.
- **SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES:** Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.

CÓDIGO CUENTA BANCARIA															
ENTIDAD				OFICINA				D.C.		N.º CUENTA					

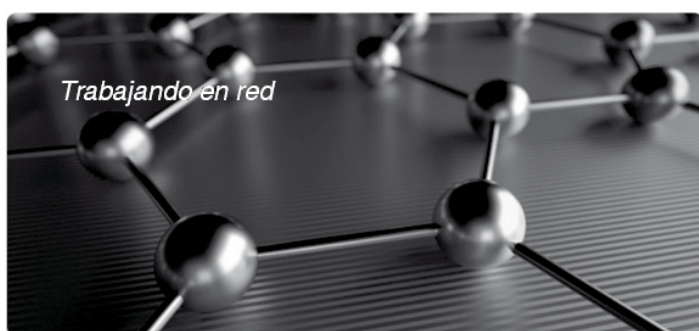
Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



Inicio La Fundación ▼ Boletín Actividades ▼ Fundación Digital ▼ Publicaciones ▼ Actualidad

Buscar



Revista

La Revista Democracia y Gobierno Local, publicación divulgativa al servicio de los Gobiernos locales.

[ver más>](#)



Fundación Digital

Consulte aquí todas las publicaciones de nuestra Fundación en formato electrónico.

[ver más>](#)



Actividades

Consulte aquí todas las actividades de la Fundación (cursos, jornadas, debates-coloquio, desayunos...)

[ver más>](#)

Últimas Publicaciones



El bicentenario de las diputaciones provinciales (Cádiz 1812)



Revista Democracia y Gobierno Local 16/17



Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico



Cuadernos de Derecho Local nº 29



El debate actual sobre las diputaciones provinciales: un análisis de las últimas propuestas electorales



La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias

Actualidad



La reforma de las competencias de la Administración Local a debate

viernes, 28 de septiembre de 2012

En la Diputación de Málaga por expertos del Ministerio de Hacienda [ver más>](#)



La Xarxa de Goverss Locals amplia el plazo para que los ayuntamientos digan cuáles son sus necesidades

viernes, 28 de septiembre de 2012

Prórroga para presentar solicitudes [ver más>](#)



El Príncipe destaca en Cádiz el papel "fundamental" de los ayuntamientos

jueves, 27 de septiembre de 2012

"actores de primer orden" en la democracia [ver más>](#)

[ver todas>](#)

Suscríbete a nuestro RSS

La Fundación en Twitter



fundlocal La reforma de las competencias de la administración local, a debate en la... malaga.es/buscar/home.as...#reformagobiernolocal about 1 hour ago · reply · retweet · favorite

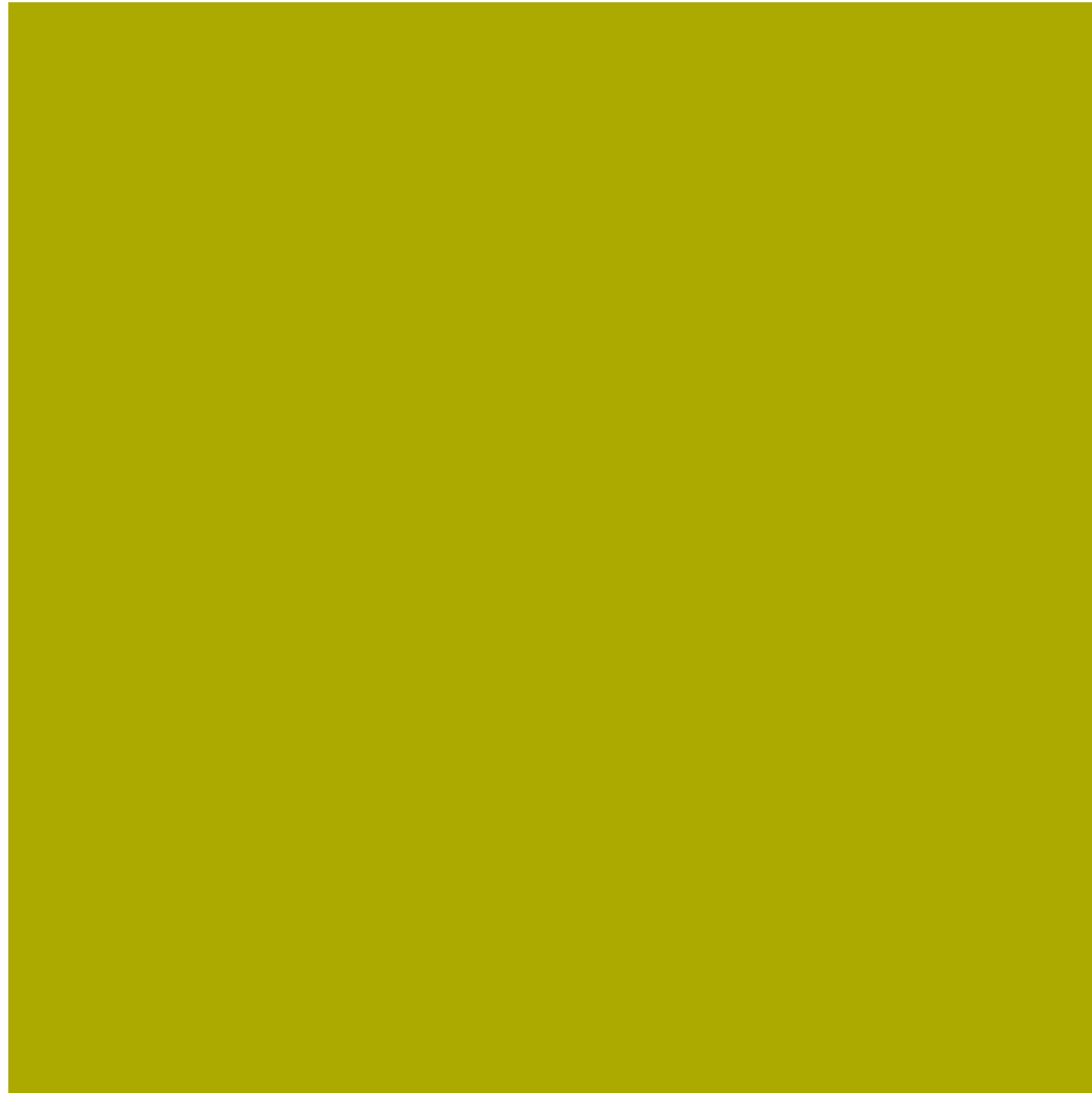
fundlocal Los diputados provinciales renuncian a su paga extra de Navidad. elnortedecastilla.es/20120925/local... via @nortecastilla 2 days ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Fundación Democracia y Gobierno Local gobiernolocal.org/actualidad/loc... 3 days ago · reply · retweet · favorite



Join the conversation

Suscríbete a nuestro Boletín digital



www.gobiernolocal.org

