

# QDL38

Junio de 2015 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local





Q



# QDL 38

Junio de 2015 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local

Edición

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Velázquez, 90, 4.º - 28006 Madrid

Producción

Estilo Estigraf Impresores S.L.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955

Foto de cubierta: iStockphoto LP



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.

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

## **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*  
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*  
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*  
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *Diputación de Barcelona*  
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*

## **Coordinadora**

Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

# QDL 38

12

## Estudios

La gestión urbanística por las sociedades municipales

JUAN ALEMANY GARCÍAS

36

La potestad administrativa y los mecanismos de protección del medio ambiente

JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

81

Las centrales de contratación provinciales

JESÚS COLÁS TENAS

116

Crónica del desembarco y conquista del régimen de intervención de la Directiva de Servicios en el derecho urbanístico español

SERGIO MONTESERIN HEREDIA

152

## Ponencias, crónicas y notas

Els drets reals en l'ordenament jurídic català: anàlisi de la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, relativa al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya

JOAN MANEL ABRIL CAMPOY

181

La Ley de Transparencia y sus efectos sobre las entidades locales

FERNANDO GARCÍA RUBIO

230

Els delictes de tràfic d'influències

ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

238

La “funcionarización” de laborales indefinidos no fijos de plantilla. Una posible solución en el ámbito local

MARCOS PEÑA MOLINA

# Sumario

Observaciones en relación con el Reglamento sobre  
protección de la legalidad urbanística de Cataluña,  
aprobado por el Decreto 64/2014, de 13 de mayo  
MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

253

## **Jurisprudencia**

Crónica de jurisprudencia (de 11 de  
marzo a 10 de junio de 2015)  
ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

282



QDL38

**Estudios**

# La gestión urbanística por las sociedades municipales

JUAN ALEMANY GARCÍAS

*Doctor en Derecho y abogado*

1. Breve repaso a la legislación estatal urbanística que regulan las sociedades urbanísticas
2. El patrimonio municipal del suelo. Antecedentes históricos y legislativos
3. Las sociedades municipales urbanísticas como gestoras del patrimonio municipal del suelo

## Resumen

Las sociedades mercantiles de capital íntegramente público constituyen una modalidad de gestión directa de servicio público, y tienen como limitación importante los actos investidos de *auctoritas*, que están reservados a las Administraciones territoriales, en nuestro caso a los consistorios. La actual crisis económica ha puesto de relieve la actual existencia de una proliferación de entidades instrumentales, especialmente en el campo del urbanismo. Ello ha hecho que los poderes públicos se hayan replanteado si la Administración local se encuentra sobredimensionada y con multitud de duplicidades. Por ello, recientemente se aprobó, hace escasamente un año, la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en la que se plantea un control exhaustivo en la creación de entidades instrumentales, y en la limitación de la actividad cotidiana de las mismas, potenciando la figura del interventor y secretario municipal, como elementos de control interno (a priori), ya que muchas sociedades urbanísticas se han convertido en un pozo de endeudamiento sin fondo para las entidades locales, no pudiendo ser controla-

---

*Artículo recibido el 20/05/2015; aceptado el 28/05/2015.*

das de manera exhaustiva por el Tribunal de Cuentas, que siempre es un control a posteriori, y quizá menos eficaz que la función del interventor municipal, respecto a las cuentas públicas del consistorio.

Palabras clave: *sector público; urbanismo; sociedad municipal urbanística; rehabilitación; sociedad mercantil.*

## **The urban planning management of municipal trade companies**

### **Abstract**

*The trading companies the share capital of which is wholly public constitute a sort of direct management of a public service. However, they lack the possibility to carry out administrative acts with auctoritas because the latter are reserved to the territorial public administrations, in this case the city councils. The current economic crisis has pointed out the existence of an excessive number of instrumental entities, especially in the field of the urban management. This situation has led to the public powers to rethink local governments which are seen as oversized and duplicated. Therefore, a year ago was passed the Law on Rationalization and Sustainability of Local Governments. In a context in which a significant number of instrumental entities had increased significantly the public debt of local governments, this legislation introduced an exhaustive control regarding the creation of these kind of entities and relevant limitations in their daily operations such as the strengthening of the role of the financial controller and the municipal secretary as a preventive control mechanisms, perhaps a kind of control that is more effective than the displayed by the Court of Audit which is always a control ex post.*

*Keywords:* public sector; urban management; municipal urban management trade companies; urban renovation and development; trade company.

### **1**

## **Breve repaso a la legislación estatal urbanística que regulan las sociedades urbanísticas**

Como es sabido, y se ha encargado de recordarlo el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/1997, el urbanismo en sentido estricto, y en concreto la gestión urbanística, es competencia de las comunidades autónomas. No

obstante, también ha destacado el Alto Tribunal que la normativa urbanística estatal anterior a la entrada en vigor de la Constitución, con su nuevo reparto de competencias, se encuentra en vigor como derecho supletorio en la medida en que la normativa urbanística de las comunidades autónomas no las regulen, dejando en vigor la normativa urbanística preconstitucional, al declarar inconstitucional en gran medida la disposición derogatoria TRLS/92. Por otra parte, las comunidades autónomas han regulado muy parcialmente en su normativa de suelo la gestión mediante sociedades urbanísticas; puesto que, efectivamente, la regulación autonómica de las sociedades urbanísticas es, en ocasiones, bastante escasa, y en otras, solo parcial, merece aquí la pena que se expongan, siquiera sea someramente, cuáles fueron esas primeras normas estatales que recogieron la posibilidad de constituir estas sociedades para llevar a cabo las funciones relativas al urbanismo. Así, el punto de partida de estos instrumentos de gestión lo encontramos en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, que dispone en su artículo 4 que la gestión urbanística podrá encomendarse a organismos de carácter público, a la iniciativa privada y a entidades mixtas. Y, con relación a estas últimas, el artículo 115 (reproduciendo en lo esencial el contenido del artículo 138 de la anterior Ley de Suelo de 1956<sup>1</sup>) expresamente afirmaba lo siguiente: “El Estado y las entidades locales podrán constituir sociedades anónimas o empresas de economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso para la ejecución de los planes de ordenación”. En desarrollo de este precepto, el Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre Creación de Sociedades Urbanísticas por el Estado, los Organismos Autónomos y las Corporaciones Locales<sup>2</sup>, se fija como finalidad incorporar a la gestión de la política del suelo “las técnicas propias de la iniciativa privada”, y además tiende “a facilitar la constitución de estas sociedades; concretar su objetivo sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanís-

1. Artículo 138 Ley de Suelo de 1956: “1. El Estado y las entidades locales podrán utilizar la forma de gestión privada para las obras que hubieren de ejecutar a sus expensas, mediante la constitución de sociedades anónimas, cuyas acciones les pertenezcan exclusivamente, o de empresas de economía mixta entre entidades públicas y los particulares. 2. Si las obras hubieren de sufragarse en parte por una corporación pública y en parte por los propietarios, podrán constituirse también empresas de economía mixta entre ellos o conjuntamente con terceros”.

2. El Real Decreto 1169/1978, conforme a la tabla de vigencias aprobada por el Real Decreto 305/1993, de 26 de febrero, y la disposición derogatoria única del TRLS de 1992, solo está derogado en lo que contradiga al TRLS de 1992. Este Real Decreto es consecuencia de los Pactos de la Moncloa, en los que se concluyó que la actividad urbanística necesitaba un cambio con respecto a la organización tradicional de las Administraciones locales. El cambio debería centrarse, sobre todo, en figuras gestoras que actuasen con mayores dosis de eficacia. ARANA GARCÍA, E., *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

tico; fomentar la colaboración de la Administración central, la institucional y la local, entre sí y con las cajas de ahorro, y facilitar la movilización de la asignación de urbanismo de los presupuestos de las corporaciones locales y el patrimonio municipal de suelo, a través de las sociedades o empresas de economía mixta, previstas en el tan citado artículo ciento quince de la Ley del Suelo”. Esta previsión de la exposición de motivos del Real Decreto es concretada en el artículo 1.1, en el que se establece: “El Estado y las entidades locales podrán constituir sociedades anónimas o empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. La misma facultad corresponde al Instituto Nacional de Urbanización y a los demás organismos autónomos con funciones urbanísticas que estén facultados por su normativa para crear o participar en estas sociedades. En materia de régimen local, el artículo 25.2.a) LBRL, en su nueva redacción introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), señala que el municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en materia de urbanismo, las siguientes: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística; protección y gestión del patrimonio histórico; promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera, y conservación y rehabilitación de la edificación. Como vemos, con la LRSAL se especifica mucho más que antes de la reforma cuáles son las competencias urbanísticas de los municipios, y por ende las que pueden realizar las sociedades mercantiles urbanísticas de capital íntegramente público, como sistema de gestión directa del servicio público que es el urbanismo. Por ello, y conectando con lo manifestado en el actual artículo 25.2.a) LBRL, creemos que el futuro de las sociedades municipales, dado su amplio objeto social, debe enfocarse bajo los auspicios de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Con la crisis económica actual, es difícil que las sociedades urbanísticas puedan llevar adelante gestión urbanística *stricto sensu*, con las pocas juntas de compensación que hoy en día están aún en funcionamiento, así como cualquier otro elemento derivado de la gestión urbanística. Tampoco las sociedades mercantiles urbanísticas han sido durante los últimos tiempos instrumento ideal para la construcción de obra nueva o de viviendas libres, pero sí creemos importante enfocar el futuro de dichas empresas en la rehabilitación de viviendas, ya que el artículo 3 del Real Decreto 1169/1978 ya señalaba la rehabilitación de vivienda como posible objeto de gestión de las sociedades urbanísticas. En la actualidad debe enfocarse el futuro de las mismas en la rehabilitación de la vivienda y regeneración de cascos urbanos, todo ello de conformidad con los criterios innovadores de la Ley de las “3

R”. A lo largo del presente artículo, queremos recordar los conceptos de la Real Academia de la Lengua Española “reestructuración” y “redimensionamiento”, del sector público instrumental local. Profundizando en la LRSAL, nos volvemos a plantear qué es redimensionar el sector público local, ya que hemos estudiado conceptos como la prohibición de crear nuevas entidades, la prohibición de saneamiento de entidades existentes, la obligación de disolución de entidades en desequilibrio financiero, así como la prohibición de crear entes de segundo grado y la obligación de su disolución dependiendo de su plan de saneamiento. Por ello llegamos a la conclusión de que el objetivo actual del legislador es redimensionar el sector público instrumental, no reestructurarlo. Por lo tanto, concluimos de manera negativa en la regulación que contempla la LRSAL, forzando la disolución de entidades existentes e instaurando como norma general la prohibición de creación de nuevas entidades, por ajustes presupuestarios. No nos parece coherente con la política administrativa de agilización del derecho administrativo bajo los auspicios del interés público provenientes del derecho europeo, así como los motivos sociales, que parecen ignorarse pero que han servido de base para la creación de muchas sociedades urbanísticas en nuestro país. La reforma de la LBRL se ha inclinado claramente por desincentivar que los entes locales presten los servicios a través de sus propios entes empresariales. En esta línea, el nuevo artículo 85.2 LBRL establece que, para la gestión de los servicios, solo podrá recurrirse a entidades públicas empresariales locales, o a sociedades mercantiles locales, “cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes” que la gestión por la propia entidad local o por organismo autónomo local, “para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica.

En materia estrictamente urbanística el artículo 4 del RGU dispone que “para la ejecución de los planes, la Administración del Estado podrá constituir entidades urbanísticas especiales o crear órganos específicos, cumpliendo en cada caso los requisitos previstos por la legalidad en vigor. Podrá, igualmente, a los fines de cooperar en la ejecución a cargo de las entidades locales, constituir con ella consorcios o sociedades”. De esta manera, el RGU parte de la premisa de que los ayuntamientos pueden asumir la gestión urbanística a través de sus órganos de gobierno ordinarios, o constituir estructuras administrativas específicas con este objeto. A continuación, habilita a los propios ayuntamientos para el desarrollo de actuaciones establecidas en el planeamiento, para “crear órganos especiales de gestión, fundaciones públicas de servicios, sociedades, o utilizar las demás modalidades gestoras previstas en el Reglamento de Servicios de las corporaciones locales”. Las opciones organizativas se cierran con la previsión de permitir que los ayuntamientos utili-

cen “las demás modalidades gestoras previstas en el Reglamento de Servicios de las corporaciones locales”. Por tanto, en el ámbito urbanístico municipal se admiten todas las posibilidades organizativas previstas en la legislación local general. En lo que a los efectos de este trabajo afecta, resulta de interés la específica referencia que se hace a las sociedades como modalidad gestora<sup>3</sup>. De igual forma, y con más detalle, el artículo 21 del propio RGU establece: “Las Administraciones urbanísticas podrán crear, conjunta o separadamente, sociedades anónimas cuando así convenga a la promoción, gestión o ejecución de actividades urbanísticas”. El acuerdo de creación, así como, en su caso, el de participación en la sociedad ya creada, se regirán por la legislación que a cada entidad le sea aplicable. En definitiva, se puede llegar fácilmente a la conclusión de que la legislación urbanística estatal se ha ocupado, desde hace ya casi treinta y cinco años, de la posibilidad de constituir sociedades urbanísticas para cumplir con las funciones que la Administración tiene encomendadas en materia urbanística. Y, dando un paso más, no solo es que prevea esta opción organizativa, sino que, además, se puede decir que el legislador estatal incentiva la constitución de las sociedades urbanísticas, al regularlas específicamente en un real decreto (el citado Real Decreto 1169/1978), y al recoger una regulación ciertamente detallada, más si se compara con la poca atención que ha merecido esta figura organizativa en la legislación administrativa general. Así, por ejemplo, se puede citar la LOFAGE, que tan solo se ocupa de las sociedades mercantiles estatales en la disposición adicional duodécima. Igualmente, ya se han enumerado los preceptos que regulan estas sociedades en la legislación local (LBRL y TRRL), ciertamente no muy detallados, sobre todo si se compara con la atención que se presta a otras figuras, como los

3. Dejamos apuntado que, según BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. y otros, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 17, 1995, pág. 143, podría sostenerse que la lista de los modos gestores previstos en la LBRL y en el TR de la LCAP “no es exhaustiva y que la potestad de auto-organización de los entes locales les permite crear otros modos gestores que encuentren su regulación en normas distintas de la LBRL y del TRLCAP (como es el caso de las fundaciones privadas de iniciativa pública”. Ello no obstante, a juicio de BALLESTER MASIÀ, F., “Las sociedades mixtas y las entidades locales”, en *Revista de Estudios Locales*, núm. 72, 2004, pág. 26, de la tramitación parlamentaria de la Ley se deducen argumentos para entender que la figura del arrendamiento ha desaparecido. ROMERO HERNÁNDEZ, F., “Los modos de gestión de servicios públicos en el Proyecto de Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 69, 2003, pág. 17, también entiende que la homogenización entre las normativas estatal y locales, provocada por la reforma operada en la LBRL por la Ley 53/2003, comporta la exclusión de las formas arrendaticias contenidas en la redacción original del artículo 85.4.d) de la LBRL. En la misma línea se pronuncia MOZO AMO, J., “La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, desde la perspectiva de los pequeños municipios”, en *Revista de Estudios Locales*, núm. 73, 2004, pág. 50, así como GUTIÉRREZ COLOMINA, V. y RUIZ GALDÓN, J. M., *Manual Práctico para la aplicación de la Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2004, pág. 196.

organismos públicos. La proliferación de entes instrumentales en cadena que la LOFAGE<sup>4</sup> permitía, ha sido tratada con bastante acierto en la Ley 27/2013, tanto en lo relativo al sector público instrumental local, como en lo que afecta a las sociedades de segundo escalón de la disposición adicional novena.

Para finalizar este apartado introductorio sobre legislación estatal en materia urbanística, en el tema que nos ocupa, quiero destacar que son distintos los textos legales que regulan tanto el patrimonio municipal del suelo como la posible cesión de terrenos, para la aportación al capital, para constitución o ampliación del capital de sociedades urbanísticas o para su actividad. Las empresas públicas son entes instrumentales dependientes del ayuntamiento, constituidas para prestación directa de un servicio público, en este caso, actuaciones urbanísticas tanto de gestión como de planeamiento. Es lógico –como analizaremos en profundidad en los puntos sucesivos– que para el cumplimiento de sus fines la corporación pueda cederlos, tanto a título oneroso como a título gratuito.

## 2

### El patrimonio municipal del suelo. Antecedentes históricos y legislativos

El patrimonio<sup>5</sup> municipal del suelo (en adelante, PMS) es un instrumento de intervención administrativa que tiene sus orígenes en la legislación desamor-

4. GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pág. 147; la posibilidad de que una SAP pueda crear otras SAP (artículo 60.1.f LOFAGE) conduce a que una sociedad anónima controlada por la Administración General pueda constituir otra sociedad anónima que, indirectamente controlada por la Administración, no esté sometida a la obligación de identificación como pública, ni siquiera en la escritura de constitución, pero que, sin embargo, esté exenta del régimen general de publicidad previsto en garantía de transparencia y seguridad para los terceros (capítulo XI de la LSRL). En estos casos los terceros cuentan con el capital de la sociedad anónima constituyente, pero al no identificarse como pública, no saben que también cuentan con la garantía del ente público, ya que estas son consideradas también empresas públicas, dado que en ellas concurre el control efectivo que ejercen los poderes públicos en el que se sitúa dicho concepto.

5. GUTIÉRREZ COLOMINA, V., *Régimen jurídico estatal y autonómico del patrimonio municipal de suelo*, Bayer Hnos., Barcelona, 2010, pág. 45; por otra parte, si bien es cierto que, en cualquier momento, se requiere de los entes municipales una gestión de los recursos públicos de máxima eficiencia para alcanzar una cobertura más satisfactoria en la prestación de servicios a los ciudadanos, no lo es menos que, con una recesión económica como la actual, es imprescindible un esfuerzo adicional con el que se pueda obtener la máxima utilidad de cualquier bien público y, por su especial trascendencia, del patrimonio municipal del suelo (PMS). Sin embargo, el PMS no ha tenido en los ayuntamientos la relevancia económico-financiera esperada, seguramente, entre otras razones, por su dispersión competencial –Estado, comunidades autónomas y municipios–, la complejidad de determinadas figuras jurídicas, la

tizadora del siglo XIX. En concreto, la primera referencia legislativa a esta institución se encuentra en el artículo 47 de la LEF de 1879, que habilitaba a los ayuntamientos para la expropiación forzosa, pasando al Estatuto municipal de 1924, donde se fue perfilando la institución con las características que conocemos. No obstante, los continuos cambios legislativos y las exageradas expectativas que se esperaban obtener fueron mermando credibilidad a la misma. En la actualidad, la jurisprudencia y los autores de la doctrina han rescatado el PMS como un recurso o instrumento esencial de la gestión municipal en épocas de crisis, para conseguir los fines de la ordenación urbanística, el reequipamiento rotacional, y garantizar un parque de vivienda social para los sectores de la población más desfavorecidos. No obstante, se ha puesto de manifiesto que este fondo patrimonial no está cumpliendo su finalidad, debido a que se está utilizando por los ayuntamientos como una fuente de finalización habitual de los gastos e inversiones municipales, por lo que es necesario reforzar los instrumentos de gestión y los mecanismos de control para que estos bienes y recursos cumplan su destino, se eviten los quebrantos patrimoniales que se han producido y se garantice la pervivencia del PMS como un fondo patrimonial de retroalimentación continua. La institución del PMS, con las características sustanciales de “fondo patrimonial separado, constituido con carácter indefinido para destinarlo a la gestión urbanística”, se regula por primera vez en los artículos 13, 14 y 15 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 27 de mayo de 1955, con la intención “de prevenir, encauzar y desarrollar la expansión urbana, tanto económica como técnicamente”, en los ayuntamientos capitales de provincia, los de población superior a 50 000 habitantes, y los que –sin tener estos requisitos– así dispusiera la Comisión Central de Urbanismo, sin perjuicio de los que voluntariamente quisieran adherirse. Esta regulación se incorporó a la Ley del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956, que estableció la obligación de constituir el PMS y consignar una cantidad equivalente a un 5 % del presupuesto del ayuntamiento para destinarlo al patrimonio municipal de suelo. Desde entonces esta institución se regula en paralelo en la legislación patrimonial y en la legislación urbanística. El Texto refundido de la Ley del suelo de 1976 reforzó esta institución incorporando la cesión obligatoria del 10 % del aprovechamiento urbanístico y, en su caso, los excesos de aprovechamiento resultantes, y asignó al PMS unos fines genéricos para el

---

falta de claridad e interpretaciones de ciertas formas de gestión, así como la falta de transparencia representativa en los estados contables municipales por la dificultad de la valoración. De esta forma, se ha producido un escaso aprovechamiento del PMS, actualmente imprescindible dadas las dificultades económico-financieras por las que atraviesan los municipios.

desarrollo técnico y económico de los núcleos de población, en sus artículos 84, 89 y siguientes.

En diciembre de 1978 la CE establece el marco de desarrollo y el fundamento de esta institución en su artículo 47, que consagra el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y vincula a los poderes públicos para que promuevan las condiciones necesarias y establezcan las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, así como la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos. Pero la ordenación del suelo es una competencia concurrente entre el Estado, las comunidades autónomas y los municipios, ya que cada uno tiene su propia esfera competencial. Las comunidades autónomas<sup>6</sup> en el artículo 148.1.3 CE tienen competencia para el desarrollo normativo de la “ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”, los ayuntamientos tienen competencia también para ejercer la misma dentro de su ámbito territorial con sujeción a la legislación de las comunidades autónomas de acuerdo con el artículo 25.2.d) LBRL, y corresponde al Estado establecer la legislación básica de la actividad económica (artículo 149.1.13 CE).

El Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 1992 (en adelante, TRLS 92), en desarrollo del precepto anterior, hizo obligatoria la constitución del patrimonio municipal del suelo en todos los municipios que tuviesen aprobado planeamiento general, y estableció un riguroso régimen jurídico de constitución, enajenación y destino a la conservación y ampliación del patrimonio municipal de suelo<sup>7</sup>.

6. MUNAR FULLANA, J., “Los patrimonios públicos del suelo en la legislación balear”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31, 2005, pág. 6; la comunidad autónoma como titular del patrimonio público de suelo, con las siguientes palabras: “Justamente este último punto pone de manifiesto otro factor más sorprendente, como es que, si bien la comunidad autónoma es la titular de la competencia en materia de vivienda, será la única Administración territorial en que se articula su organización en la que la normativa sobre patrimonio público de suelo no ha impuesto el deber de formación o constitución, a diferencia de los dos sistemas autonómicos de comparación que antes hemos indicado, en los que, en uno, tanto la Administración General de la Comunidad Autónoma vasca como los órganos forales de sus territorios históricos se hallan habilitados potestativamente para coadyuvar a los municipios, y en el otro, la Administración comunitaria canaria, las islas y los municipios los han de constituir obligatoriamente”.

7. GIFREU FONT, J., “Els reptes dels governs locals i la política local d’habitatge. Perspectives de futur dels patrimonis municipals de sòl i habitatge”, *Governos locals i polítiques d’habitatge. Balanç i reptes*, Observatori Local d’Habitatge, Diputació de Barcelona, 2012. Según dicha autora, la gestión del patrimonio público de suelo y vivienda debe llevarse a cabo con criterios de política pública urbanística (utilidad pública, interés social), pero también debe atenderse a criterios de rentabilidad económica. En este sentido, se consideran legítimas las plusvalías obtenidas por la Administración municipal con la venta de terrenos que formasen parte de este patrimonio. La regla general es la transmisión onerosa de los

No obstante, a raíz de un recurso de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional consideró, en la sentencia núm. 61/1997, de 20 de marzo, que el Estado se había extralimitado en la regulación y no respetaba las competencias de las comunidades autónomas, y declaró inconstitucional parte de la regulación contenida en esa norma, manteniendo vigentes el artículo 276, que no fue objeto de impugnación, y el artículo 280.1, que consideró precepto o norma básica, por estar directamente vinculada a la planificación de la actividad económica general prevista en el artículo 149.1.13 CE. La Ley 6/1998 sobre régimen del suelo y valoraciones, en el apartado 1 de su disposición derogatoria única, siguiendo el mismo criterio, declaró vigentes los artículos 276 y 280.1 del TRLS de 1992, referidos a los fines<sup>8</sup> del PMS, la utilización de los ingresos obtenidos de los mismos, y el destino de los bienes del PMS, una vez urbanizados, como legislación básica estatal de obligado cumplimiento para todas las comunidades autónomas, y cuyo contenido debían respetar en el ejercicio de sus competencias legislativas. Posteriormente otras SSTs vuelven a plantear los límites de la legislación básica estatal, y finalmente, para clarificar esta situación, la Ley estatal 8/2007 recogió esta regulación en los artículos 33 (“Noción y finalidad”) y 34 (“Destino” del suelo), cuyos contenidos actualmente están recogidos en los artículos 38 y 39 TRLS 2/2008, y supletoriamente se aplicarán los artículos 90, 91, 92 y

---

bienes que lo integran, por un precio igual o superior al que resulta de su valoración, es decir, a precio de mercado (artículo 166 TRLU). A pesar de ello, también pueden ser objeto de cesión gratuita o enajenación onerosa por precio inferior a favor bien de otras Administraciones y entidades públicas o bien de entidades privadas sin ánimo de lucro, con el fin de atender a las necesidades de vivienda de carácter social o de equipamiento comunitario, de generar actividad económica en áreas deprimidas o de formar reservas para la protección y tutela del suelo no urbanizable. La forma habitual de transmisión es el concurso público –que, a diferencia de la subasta, antes permitida, habilita para tomar en consideración otros condicionantes distintos del precio–, pero también pueden ser adjudicados directamente a favor de otra Administración Pública o de una entidad urbanística especial que gestione el patrimonio público de suelo y vivienda correspondiente, así como a favor de los propietarios de terrenos afectados por el planeamiento urbanístico en sistemas urbanísticos públicos o de bienes que se quieran incorporar al patrimonio público de suelo y vivienda, para obtenerlos mediante una permuta, o de cualquier persona, si después de haber efectuado una licitación pública, esta queda desierta o bien es fallida por el incumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios, siempre que no haya transcurrido más de un año desde la licitación y que los adquirentes asuman las mismas obligaciones.

8. La STS del 9 de abril de 2007 es un ejemplo de la interpretación restrictiva que efectúa la jurisprudencia del destino de ciertos ingresos del PMS, al declarar que la legislación “vincula el producto de la enajenación, de forma que solo se pueden enajenar tales bienes para cumplir ese fin, y en el caso de autos ello no se cumple, según muestran las actuaciones, en las que solo aparece la referencia a que el producto de la enajenación se destinará a la atención de servicios municipales e incluso aparece denegada una propuesta relativa a que el importe se destinará a la construcción de viviendas de protección oficial”. Este argumento no tiene en cuenta la ampliación incorporada por la LS/2007, que supone, como se ha apuntado, la quiebra del principio de retroalimentación del PMS.

194.1 del Decreto 1346/1976, de 9 de abril. En definitiva, la constitución del PMS como instrumento público de intervención en el mercado del suelo es obligatoria para todas las comunidades autónomas, pero corresponde a ellas desarrollar o completar esta legislación sin desvirtuarla o anularla. Entre estas normas está determinar qué bienes y derechos constituyen este PMS, y los destinos adicionales a los que podrán aplicarse estos bienes y derechos. Conocer el contenido de la legislación básica es fundamental para determinar los aspectos esenciales de la institución de los PPS<sup>9</sup> y diferenciar las particularidades de su regulación en cada comunidad autónoma. Esta prelación de fuentes jurídicas supone que Tribunal Supremo sienta jurisprudencia sobre la interpretación de los preceptos básicos de la legislación estatal, mientras que los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas interpretan las normas autonómicas dentro de su ámbito competencial.

El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, y se deroga la Ley 6/1998. Su disposición final primera estableció que los artículos 38 y 39, apartados 1 y 2, de esta norma tienen el carácter de bases de la planificación general de la actividad económica, dictadas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal en el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de la Constitución, sin perjuicio de las competencias exclusivas sobre suelo y urbanismo que tengan atribuidas las comunidades autónomas. El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio, señala en su artículo 38 que, “con la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística, integran los patrimonios públicos de suelo los bienes, recursos y derechos que adquiriera la Administración en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, sin perjuicio de los demás que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo constituyen un patrimonio separado y los ingresos<sup>10</sup> obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que los integran o la sustitución por dinero a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, se destinarán a la conservación, administración y ampliación del mismo, siempre que solo se financien gastos de capital

9. PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo*, Iustel, Madrid, 2008; referencia al capítulo II, “Patrimonios públicos de suelo”: el precepto se refiere a los “patrimonios públicos de suelo” y ya no al “patrimonio municipal del suelo”, por partir de ser perfectamente posible la constitución de estos patrimonios separados por otras Administraciones Públicas, singularmente las autonómicas.

10. Los ingresos obtenidos por la sustitución de la cesión urbanística que establece el artículo 110.2 *in fine* del TRLU/2010 por su equivalente en metálico, se han de destinar obligatoriamente a la adquisición de espacios públicos libres de nueva creación.

y no se infrinja la legislación que les sea aplicable, o a los usos propios de su destino”.

En el artículo 38.1 TRLS/08 se consagra la institución del PPS<sup>11</sup>, que en principio estará constituido por los bienes, derechos y recursos obtenidos de la cesión obligatoria del aprovechamiento urbanístico, sin perjuicio de que las comunidades autónomas puedan determinar otros bienes, derechos y recursos para ampliar este patrimonio. Además se identifican las tres finalidades tradicionales de este instrumento de intervención administrativa: regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública, y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística. En el artículo 38.2 TRLS se especifica su naturaleza de “patrimonio separado” del resto por su “función urbanística”, y se consagra otra de sus peculiaridades: la retroalimentación de este fondo patrimonial con los recursos e ingresos obtenidos de la enajenación de los bienes y derechos del mismo, también explicada por la “subrogación real”; es decir, el efectivo obtenido con estos bienes les sustituye en su destino, en un fondo patrimonial con vocación de permanencia y duración ilimitada en el tiempo. Ni la legislación urbanística ni la legislación patrimonial han concretado la naturaleza de estos bienes, derechos y recursos, lo que en un principio ha generado bastantes controversias en la doctrina, aunque actualmente existe unanimidad en que son bienes patrimoniales de naturaleza privada pero destinados a una función pública, lo que determina que los contratos por los que se enajenan deben observar las normas sobre preparación, adjudicación y licitación desarrolladas en la legislación administrativa específica, y sus efectos y ejecución se rigen por el Código Civil. Constituyen un *tertium genus* entre los bienes patrimoniales y los de dominio público, ya que, aunque están destinados a una función pública, no están afectados al uso o servicio público, es decir, no son de dominio público. Frente a estos, su destino es fundamentalmente el mercado, y por ello se enajenan sin necesidad de desafectación. Tampoco son embargables, ni ejecutantes por estar destinados a la satisfacción de una función pública concreta; aunque no hay unanimidad en la doctrina la mayor parte coincide con Menéndez Rexach e Iglesias González en este punto. No está claro en la legislación y hay discrepancia en los autores tras la STS 166/1998, de 15 de julio, que declaró los bienes municipales privados embargables<sup>12</sup>. Los rendi-

11. MARTÍN HERNÁNDEZ, P., “Los patrimonios públicos del suelo”, *Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*, El Consultor, Las Rozas (Madrid), 2002.

12. ARNAL SURÍA, S. y GONZÁLEZ PUEYO, J. M., en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, El Consultor, Madrid, 2005, pág. 1051, se lamentan de que “desgraciadamente, son cada vez más frecuentes y graves los casos de impago continuado de cierta clase de gastos (suministro de energía eléctrica, revisión de precios de

mientos de estos bienes son de derecho privado, aunque quedan afectados a los fines de la ley. El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de junio de 2006 (rec. casación 126/2003), considera en el fundamento de derecho tercero que el principio de unidad de caja que establece el artículo 177 se opone al artículo 146 de la LHL, que prohíbe destinar los ingresos afectados a satisfacer el conjunto de las obligaciones municipales, y que se han de destinar a su finalidad. Solo pueden destinarse a financiar gastos de “capital”, concepto contable que ha importado el legislador de la contabilidad<sup>13</sup> y de los presupuestos para diferenciarlo de los “gastos corrientes”, pero que no se identifica con el precepto del artículo 5 TR de la LRHL, aprobado el 5 de marzo, y crea distorsiones con su tratamiento contable.

Según el artículo 39 RDL 2/2008, de 20 de junio, se señala que: “Los bienes y recursos que integran necesariamente los patrimonios públicos de suelo en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Podrán ser destinados también a fines urbanísticos, solo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural”. En su párrafo 2.º se señala que los terrenos adquiridos por una administración en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, que estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, no podrán ser adjudicados, ni en dicha transmisión ni en las sucesivas, por un precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate, conforme a su legislación reguladora. En

---

las obras contratadas con esta cláusula, etc.), o la reiterada demora en el cumplimiento de sentencias condenatorias para la Administración, que se eternizan durante años, e incluso décadas”. Y es que, como explica RUIZ OJEDA, A., en *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos*, Civitas-Universidad de Málaga, 1993, pág. 40, resulta innegable la “desidia o resistencia contumaz” que puede oponer la Administración en el ejercicio constitucionalmente reconocido de la potestad que a jueces y tribunales corresponde de juzgar y hacer juzgar lo juzgado.

13. DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., *El régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales*, La Ley, Madrid, 2013, págs. 246-247. En una gran mayoría de los municipios españoles no existe un verdadero sistema de control financiero, y menos aún de eficacia. Y cuando se practican controles financieros, según ha denunciado el Tribunal de Cuentas, en la mayoría de los casos se detecta una inadecuada documentación del mismo. También se han suscitado dudas acerca de si dicho control financiero debe ser ejercido por el interventor local referido a la propia Administración local y no solo a los organismos autónomos y a las sociedades mercantiles, para lo que, en principio, normativamente está previsto.

el expediente administrativo y en el acto o contrato de la enajenación se hará constar esta limitación.

Como puede apreciarse, la legislación básica estatal ha descendido a acercarse a las demandas de las comunidades autónomas y adquirir, junto a los destinos tradicionales, otros usos de “interés social”, siempre que lo hayan previsto las comunidades autónomas en su legislación. No obstante, también se imponen límites a este destino, ya que no pueden configurarse los bienes y recursos del PMS como una fuente de financiación<sup>14</sup> ordinaria para cualesquiera finalidades, por muy loables que sean (STS de 26 de junio de 2006, rec. casación 126/2003). La jurisprudencia del Tribunal Supremo conecta el “interés social” (concepto jurídico indeterminado) con el Estado social consagrado en el artículo 1 CE, de manera que no vale una mera declaración de interés social, sino que serían aquellas actuaciones que tiendan a la libertad e igualdad del individuo y de los grupos, que remuevan obstáculos que impidan o dificulten la participación del ciudadano en la vida política, económica, cultural y social. La legislación autonómica debe pronunciarse e identificar qué usos considera de “interés social”, ya que ante el silencio de la legislación autonómica no podrá utilizarse este destino. Precisamente, una de las novedades más importantes de la nueva regulación básica del Estado, además de la limitación de los precios de enajenación o alquiler de las viviendas, consiste en el acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones de los bienes del PMS. La regulación actual prevé que en los actos traslativos de dominio de estos bienes se vincule al adquirente de los mismos a cumplir los fines para los que están destinados, de manera que estas cargas o gravámenes actúan como una condición modal que se vuelve resolutoria en caso de incumplimiento, es decir, vicia de nulidad el negocio jurídico (STS de 28 de marzo de 2006, rec. casación 2006). En consecuencia, parece razonable la solución arbitrada ahora en el TRLdS08, ya que integran en todo caso los patrimonios públicos de suelo los bienes y recursos obtenidos gratuitamente por la Administración por imperio de la ley, en concepto de participación en las plusvalías<sup>15</sup>. Los demás activos de estos patrimonios, los determinarán

14. ARNAU BERNIA, V. J., ARNAL SURÍA, S. y GONZÁLEZ PUEYO, J. M., *Manual de presupuestos de las entidades locales*, Marcial Pons, 2005. Estos tres últimos autores explican que: “Dicho principio (el de no afectación) es consecuencia y medio a la vez del de unidad de caja, pues si todos los fondos entran en un mismo flujo, una vez entrados no cabe distinguir su origen, lo que permite que salgan indiferentemente para atenciones de todo tipo. Esto obedece a la necesidad de que pagos de preferencia indiscutible no queden postergados por la falta de previo ingreso de sus teóricas fuentes de financiación, en beneficio de otros de menor urgencia”.

15. GÍFREU FONT, J., *L'ordenació urbanística a Catalunya*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 153-158. Según esta autora, “Este modelo de la función social de la propiedad urbanística ha presentado muchas ventajas y a encontrar dos obstáculos o puntos débiles que nos cuestionan, a la práctica, la plena adhesión. El primero es el relativo a un alto grado de inestabilidad del

las leyes urbanísticas con plena autonomía. De esta forma, en opinión del catedrático de Derecho Administrativo Luciano Parejo, la ley establece una regla de conexión entre las tres instituciones básicas que contempla al servicio de la política de suelo para garantizar la oferta de vivienda asequible: la reserva del artículo 10 TRLdS08 (que establece un estándar objetivo de ordenación, con independencia de la titularidad pública o privada del suelo), la entrega del artículo 16 TRLdS08 (que asegura una oferta pública), y los patrimonios públicos del artículo 38 TRLdS08 (que garantiza el destino de esta oferta, evitando su desviación hacia otros fines). Que la participación de la comunidad en las plusvalías se articule mediante una prestación patrimonial, consistente en la entrega de parte del suelo con aprovechamiento lucrativo de las actuaciones de urbanización, y no mediante un tributo, solo tiene sentido si esa masa patrimonial se destina a fines propios de la política de suelo y vivienda de la Administración, no a su financiación. Por ello, el TRLdS08, en opinión de Luciano Parejo, prescribe que estos terrenos integran los patrimonios públicos de suelo, y por eso destina estos patrimonios a determinados fines de interés general, singular y preferentemente la promoción de vivienda protegida. Por eso también prescribe que los suelos a entregar sean de los reservados por el planeamiento a vivienda protegida, cuando los halla en el ámbito de la actuación, cerrando el círculo de la conexión a que nos referíamos. Una conexión de mínimos, que deja entera libertad en lo demás al legislador autonómico: ya sea para ampliar la reserva o modularla por circunstancias objetivas en el artículo 10 TRLdS08, para prever la sustitución de la entrega de terrenos por dinero en el artículo 16 TRLdS08, o para disponer que otros bienes o recursos integran los patrimonios públicos de suelo en el artículo 38 TRLdS08, ya que otros fines complementarios de la vivienda protegida pueden destinarse en el artículo 39 TRLdS08.

El segundo aspecto en el que el texto legal introduce matices de relieve es en el de la gestión patrimonial de estos patrimonios separados<sup>16</sup>. Y lo hace

---

planeamiento urbanístico determinado del contenido del derecho, acerca de las sucesivas modificaciones y revisiones de los planes y las reclasificaciones del suelo –la mayoría con la única justificación del voluntarismo administrativo–, ya que la misma atenta a la seguridad jurídica y genera desequilibrios en el mercado inmobiliario que solo pueden corregirse con un ejercicio responsable de las administraciones públicas y un adecuado control social y judicial. El segundo de estos obstáculos, más estructural y económico, deriva del resultado del mismo modelo de la función social de la propiedad, que aspira a conciliar el ejercicio del derecho individual con la satisfacción del interés público urbanístico, si bien este último, por la forma de desplegar en el territorio la disposición de las acciones urbanísticas e inmobiliarias de los agentes públicos o privados, genera plusvalías o incrementos patrimoniales no justificados que pueden anular o turbar la vertiente social del ejercicio del derecho”.

16. La Ley ha querido y quiere que el patrimonio municipal del suelo funcione como un patrimonio separado, es decir, como un conjunto de bienes afectos al cumplimiento de un fin determinado, fin que aquí no es cualquiera de los que las corporaciones deben perseguir

con el doble objeto de aumentar la flexibilidad, donde adquieren especialmente importancia las sociedades municipales urbanísticas, debido a la aplicación del ordenamiento jurídico privado, en según qué aspectos, para gestionar el PMS. En consecuencia, a las posibilidades de utilización de los bienes y recursos de los patrimonios de que ahora se trata le añade su dedicación “a los usos propios de su destino”, es decir, a la construcción de viviendas protegidas, para evitar la paradoja –bastante habitual, por desgracia– de que se disponga de suelo y no de financiación para la vivienda protegida, porque sí pueden dedicarse a ella los terrenos, pero no los recursos dinerarios de los propios patrimonios. Asimismo, se añade la Administración a la conservación y ampliación de los patrimonios, pero a su vez se le pone un doble límite: que no se infrinja la legislación aplicable (la legislación patrimonial y/o la urbanística pueden y suelen establecer otras reglas o exigencias) y “que solo se financien gastos de capital”, esto es, que los fondos obtenidos en sustitución o por venta de los terrenos nunca puedan dedicarse a gastos corrientes de su Administración titular, aunque mi experiencia como profesional puede afirmar rotundamente que dicha premisa se cumple de manera muy escasa. Creo que es muy importante destacar brevemente que la LRSAL, aprobada el 27 de diciembre de 2013, desde su preámbulo ya señala que autorizará con ciertas condiciones la enajenación del patrimonio público del suelo para amortizar deuda pública. En un claro ejemplo de la obsesión de la Ley por acabar con la deuda pública, hace tambalear conceptos urbanísticos tan intocables como la naturaleza y el destino de los PMS. Desde nuestro punto de vista no queda claro que la Ley de 2013 pueda o no afectar directamente a las operaciones urbanísticas que puedan realizarse entre Administración matriz y ente instrumental, ya que se señala que las entidades locales y organismos autónomos, sociedades, consorcios, fundaciones, etc., durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste, no

---

según la legislación de régimen local, sino el específico y concreto de “prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones” (artículo 89.2 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976); y ha querido y quiere expresamente, con una claridad elogiada, que el producto de las enajenaciones de terrenos del patrimonio se destine no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de la conservación y ampliación del propio patrimonio municipal del suelo (artículo 93). Y afirma el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 25 de noviembre de 2008, en su fundamento noveno, que, por su importancia, transcribimos a continuación: “Esta es la caracterización que el legislador ha dado a los patrimonios municipales del suelo, y se comprenderá que, ante tamaña claridad, solo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer que los mismos, abandonando su origen, su caracterización y finalidad, pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas necesidades presupuestarias municipales. Esto, desde luego, puede hacerlo el legislador (asumiendo el posible riesgo de desaparición de los patrimonios municipales del suelo), pero no puede hacerse por la vía de la interpretación; ha de respetar, en todo caso, el espíritu y la finalidad de las normas, muy otras, como hemos visto, a la finalización general e indiscriminada de las necesidades municipales”.

podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles que tengan necesidades de financiación<sup>17</sup>. Una vez más reitera dicha Ley el redimensionismo del sector local limitado únicamente a un plan económico-financiero, sin tener en cuenta aquellos principios de la relación instrumental y de la mayor facilitación de operaciones a realizar en relación a solares cedidos a empresas urbanísticas con criterios de interés económico general. Sigue diciendo la Ley que excepcionalmente podrán realizar las citadas aportaciones, si en el ejercicio presupuestario inmediato anterior hubieran cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria. Por lo tanto, la interpretación que hacemos del nuevo texto normativo es precisamente que el criterio de actividad económica realizada por las empresas urbanísticas quedará solamente sujeto al principio de estabilidad presupuestaria, si son aportaciones de capital externas a la propia relación de instrumentalidad, es decir, si provienen del ámbito externo del sistema de gestión directa del servicio público, con independencia de que después se detalle, en el apartado relativo a la contabilidad<sup>18</sup> y el sistema financiero, en qué partidas presupuestarias se computan dichas operaciones financieras. Lo que vamos a explicar a continuación con detalle son precisamente tanto aportaciones al sistema de cesión de bienes del patrimonio municipal como ampliaciones de capital, que desde nuestro punto de vista no se verán afectadas por las limitaciones económicas de la disposición adicional 9.<sup>a</sup>, aunque diferentes

---

17. PRIETO GONZÁLEZ, L. F., en *Las empresas mixtas locales*, Montecorvo, Madrid, 1996, págs. 213-214, entiende que la circunstancia de que la formulación de estos programas únicamente alcance a las sociedades total o mayoritariamente participadas por la entidad local “supone, de hecho, privar a la Administración de un importante mecanismo de control en aquellas otras sociedades en que, pese a estar fuertemente comprometidos los intereses públicos, la entidad local no ostente, por la razón que sea, una posición de mayoría (por ejemplo, en una sociedad anónima laboral)”. Sin embargo, también reconoce que no es lógico forzar la letra de la ley, para interpretar que cuando dice “partícipe mayoritario” también se está refiriendo a las sociedades en que la entidad local tenga mayoría relativa del capital social, pues ello “podría suponer que empresas con una estructura social fuertemente autorizada se vieran sometidas a este tipo de control como consecuencia de una participación pública muy reducida (incluso con fines patrimoniales y no de gestión)”. Ante esta situación, el autor, a nuestro juicio con buen criterio, propone que “en aquellos casos en que la medida del interés público y no la cifra absoluta de capital determine la conveniencia de controlar, a través de los PAIF (esto es, los programas de actuación, inversiones y financiación), las actividades de una sociedad de economía mixta local, sería necesario resolver, por vía estatutaria, la obligatoriedad de su formación”.

18. La contabilidad de estas sociedades deberá acomodarse al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas en general, con las adaptaciones sectoriales en su caso. Ello implica que no se aplican a su contabilidad la mayoría de las normas establecidas en la Instrucción de contabilidad para la Administración local (aprobada por Orden de 17 de julio de 1990). Y así, a diferencia de lo que ocurre en la contabilidad presupuestaria de los entes locales, donde existe la división en capítulos, en el Plan de contabilidad para las empresas la distinción es entre grupos de cuentas.

administrativistas han destacado que dicha disposición afecta directamente a las operaciones urbanísticas entre la Administración matriz y los entes instrumentales. Siguiendo a Gifreu Font, nos hallamos en una situación económica que puede de alguna manera inducir a los ayuntamientos a la inmovilización de los recursos integrantes del patrimonio municipal de suelo y vivienda, ya que nos recuerda dicha profesora que las finalidades del patrimonio municipal del suelo y vivienda no solo se limitan a hacer efectivo el derecho de una vivienda digna y adecuada, sino que también deben poner en marcha técnica y económicamente la expansión de poblaciones, así como la mejora de la calidad de vida, ya que todo ello reinvierte a medio o largo plazo en el PMS, a través de la entrada de nuevo suelo urbanizado, y en definitiva todo ello ayuda a reactivar el sector inmobiliario, en la época de crisis actual. Desde nuestra perspectiva, las sociedades urbanísticas, debido a su dulcificación de las trabas burocráticas, han sido y siguen siendo unas buenas gestoras de tal patrimonio municipal del suelo, intentando siempre con valentía que las medidas adoptadas por el Gobierno en relación con la reestructuración del sector público local no mermen ni afecten al buen hacer de estas entidades, tanto respecto a la cesión de bienes patrimoniales como a la cesión de PMS. Porque, en definitiva, de lo que se trata es precisamente de que el suelo no salga de la estructura de la Administración Pública local; por supuesto, como señala Gifreu Font, el potencial del PPS nos aproxima a llevar a término actuaciones “para hacer ciudad”, como activador de la retroalimentación del PPS y vivienda. Por ello nos parecen criticables las autorizaciones que la LRSAL 27/2013, de 27 de diciembre, realiza sobre la venta del PMS por criterios estrictamente de rentabilidad económica.

### 3

#### **Las sociedades municipales urbanísticas como gestoras del patrimonio municipal del suelo**

Es importante estudiar en este epígrafe la parte urbanística, gestionada por las sociedades urbanísticas, reguladas en la legislación urbanística, en especial en la Ley del Suelo del 90, el TRLS/92, que tiene carácter de legislación básica<sup>19</sup>, así como el RDLS 2/2008, de 20 de junio, en especial los artículos

19. La STS de 27 de junio de 2006 examina la constitución del artículo 276.2 del TRLS/1992 a partir de la doctrina establecida por la STC 61/1997. Se demanda, de una parte, que este precepto no tiene carácter básico, porque la obligación de destinar los ingresos derivados de la gestión del patrimonio municipal del suelo a su conservación y ampliación excede de la mera previsión de su existencia, y, de otra, que interpretar *ad pedem litterae* este precepto sería inconstitucional, si se entiende que impide que las comunidades autónomas

cumplan las previsiones sobre ingresos de las alineaciones del patrimonio municipal del suelo con otras inversiones en materia de urbanismo y vivienda. El Tribunal Supremo concluye que el precepto tiene carácter básico y que se tiene que aplicar en toda su literalidad, de acuerdo con las consideraciones siguientes: “Las normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales, sino que lo esencial del concepto de bases en su ‘contenido’ (STC 28.1.1982), que está constituido esencialmente por la regulación del ‘interés general’ de la materia de que se trate, correspondiendo al legislador estatal la calificación de lo que en cada momento pueda entenderse de interés general a los efectos de su inclusión en una regulación del ‘interés general’ de la materia que se trate, correspondiendo al legislador estatal la calificación de lo que en cada momento pueda entenderse de interés general a los efectos de su inclusión en una regulación básica, calificación que puede ser variable en función de las distintas coyunturas políticas, económicas y sociales que concurren. En el presente caso, el Tribunal Constitucional vincula la norma básica a la planificación económica en relación con la vivienda (art. 47), es decir, que el interés general que se pretende proteger, fijando un mínimo común denominador normativo, es el de que se realice una política de suelo mediante la institución del PMS orientada a hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada a través de la regulación del mercado de terrenos de acuerdo con el interés general para impedir la especulación y de forma que la comunidad participe de las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos, pero sin absorber toda la regulación de la materia, dejando a las comunidades autónomas un ámbito para desarrollar su propia normativa –fundamentalmente en el aspecto cuantitativo, no en el cualitativo del PMS– en función de sus propios intereses y peculiaridades. No se puede sostener con rigor que la norma que regula el destino de los bienes que integran una institución (art. 280.1 TRLS/1992) es básica, pero que no lo es la propia institución a la que pertenecen o que solo es básica la norma que regula su existencia (art. 276.1) pero no la que garantiza su subsistencia (art. 276.2) vinculando el producto de la enajenación de los bienes del PMS a su conservación y ampliación, pues dicha argumentación choca con la finalidad que persigue el constituyente al reservar al Estado la definición de las bases de una determinada materia, que no es otra que de asegurar un común denominador normativo para todas las comunidades autónomas, porque la naturaleza de la materia así lo exija, a partir del cual cada comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y el estatuto le hayan atribuido sobre aquella materia (STC 1/1982). Es obvio que si la regulación de la existencia de la figura del PMS no fuera básica, podría haber comunidades autónomas que no lo constituyeran, otras que sí lo crearían pero sin establecer un sistema de reinversión, por lo que paulatinamente podría desaparecer, frente a otras que sí lo harían, las cuales estarían sujetas a la norma básica que regula el destino de los bienes que integran dicha institución, faltando, en consecuencia, esa regulación uniforme y de vigencia en toda la nación, con la cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada comunidad autónoma, un común denominador normativo. En conclusión, tras la sentencia del TC 61/1997, el legislador estatal podía haber suprimido la institución del PMS o haber modificado su regulación anterior, pero no lo hace y mantiene –en aquello que tiene competencia exclusiva según el TC– la regulación de esa institución tal y como la había efectuado el legislador en la reforma 1990-1992, lo que es coherente con el interés general –a efectos de su inclusión en una regulación básica– que, en relación con el PMS, identifica el TC con el derecho a la vivienda (art. 47 CE), pues es en esa regulación –a diferencia de la anterior de 1976 en la que se admitía la enajenación de bienes del PMS para dotaciones públicas e infraestructuras– en la que se restringen los fines del PMS en los términos que antes hemos expuesto: política antiespeculativa y construcción de viviendas sujetas a régimen de protección pública. Responde, pues, la regulación actual al principio rector de la política social y económica consagrado en el repetido art. 47 CE. En definitiva, como se venía a decir en el preámbulo del TRLS 1992 no es justo ni coherente con el contenido del art. 47 de la Constitución que las entidades locales utilicen sus terrenos para resolver sus problemas de financiación, ni para la realización de cualesquiera intereses urbanísticos, siendo de esencia de la institución –en cuanto vinculada al art. 47 CE y en el

38 y 39, que se van a convertir en los principales preceptos que regulan la gestión del patrimonio municipal del suelo. Si es ello así, debemos destacar la importancia específica que tiene el uso o destino de ese patrimonio, así como la cesión del mismo a dichas sociedades. Precisamente el elemento teleológico es fundamental en la esencia del destino de dicho patrimonio, ya que el mismo es estrictamente urbanístico, y no se contradice ni con el objeto social, ni tampoco con las finalidades urbanísticas contenidas en los expedientes de municipalización. Está claro que el patrimonio municipal del suelo es totalmente diferente de cualquier otro bien patrimonial que puedan tener dichas sociedades, ya que –como más adelante analizaremos– el papel de gestoras de patrimonio municipal del suelo les limita la actividad a desarrollar en dos conceptos bastante claros: viviendas de protección oficial u otros fines de interés social, concepto bastante ambiguo e indeterminado, que ha sido hasta la actualidad un cajón de sastre, por los numerosos abusos que han dado lugar a la arbitrariedad administrativa y a la desviación de poder. La doctrina administrativista ha discutido frecuentemente sobre la naturaleza de los bienes que integran los patrimonios públicos de suelo y vivienda. Creemos que no es el momento, ni es objeto del presente trabajo de investigación, estudiar las diferenciaciones básicas entre bienes patrimoniales y bienes demaniales. Lo que sí creemos importante es, precisamente, estudiar el concepto de afección de destino que va a caracterizar y equilibrar aquellos exorbitantes privilegios que, *ab initio*, parecen tener las empresas urbanísticas, solo por el mero hecho de ser entidades instrumentales, y por su cercanía con la Administración matriz. Es cierto que la nota del destino determina en el patrimonio municipal del suelo su carácter meramente finalista<sup>20</sup>; sin embargo, me atrevería a decir que ese elemento finalista va a ser el que legitime activamente a dichas sociedades a participar en su gestión. Y digo esto porque en los últimos años las sociedades municipales urbanísticas han gestionado los patrimonios municipales de suelo con bastante eficacia, ya que los mismos constituyen un patrimonio separado del resto de bienes municipales, y se

---

marco de un Estado Social (art. 1.1 CE) como el nuestro– que se utilice por la Administración para intervenir en el mercado de terrenos removiendo los obstáculos que impidan o dificulten que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)”.

20. El elemento finalista es relevante no solo en esta materia, sino, en general, en todo el derecho administrativo. Como señalan los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 753, “Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad, son poderes funcionales, otorgados por el Ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de legitimación”. El apartamiento de la finalidad para la que fue creada la potestad administrativa vicia al acto emanado en estas circunstancias de desviación de poder. Sobre la desviación de poder véase *in totum* CHINCHILLA MARÍN, C., “La desviación de poder”, Civitas, Madrid, 1997.

gestionan de forma autónoma, con sometimiento a un régimen especial por razón de su vinculación a fines específicos “urbanísticos”, que precisamente coinciden con el objeto de dichas sociedades. La STS de 9 de abril de 2007 es un ejemplo de la interpretación restrictiva que ha hecho la jurisprudencia del destino de ciertos ingresos del PMS, al declarar que la legislación “vincula el producto de la enajenación<sup>21</sup> de los bienes del patrimonio municipal del suelo a su conservación y ampliación, de forma que solo se pueden enajenar tales bienes para cumplir ese fin, y en el caso de autos ello no se cumple, según muestran las actuaciones, en las que solo aparece la referencia a que el producto de la enajenación se destinará a la atención de servicios municipales e incluso aparece denegada una propuesta relativa a que el importe se destinará a la construcción de viviendas de protección oficial”. Este argumento no tiene en cuenta la ampliación incorporada por la LS/2007, que supone, como se apunta, la quiebra del principio de retroalimentación de los PMS. Una de las circunstancias esenciales que ponen de manifiesto las especiales posiciones en el mercado inmobiliario de las sociedades municipales urbanísticas, es precisamente la de constituirse en los principales órganos gestores del patrimonio municipal del suelo. Precisamente por ello, creo que la intervención de las sociedades en el patrimonio municipal de suelo está justificada por la singularidad y finalidad por la que se constituyen dichos patrimonios; además hay que tener en cuenta que dichos patrimonios están vinculados a las cesiones obligatorias y gratuitas de suelo por parte de los operadores urbanísticos. Así, hemos de destacar que incluso las sustituciones en metálico de las cesiones de aprovechamiento urbanístico deben cumplir también un destino o afección específica, que es precisamente la de destinar dichos ingresos a la conservación, administración y ampliación del propio patrimonio. El Tribunal Supremo ha destacado que las dotaciones económicas de los patrimonios

21. GUTIÉRREZ COLOMINA, V., *Régimen jurídico estatal y autonómico del patrimonio municipal de suelo*, Bayer Hnos., Barcelona, 2010, pág. 543; entendemos que, cuando se trata de transmitir un bien patrimonial que no sea compatible con los fines del PPS (por ejemplo, de calificación industrial o comercial), la subasta debe ser el procedimiento de enajenación procedente. Las razones que justifican la aplicación de la subasta están en que, si el bien que integra el PPS deja de cumplir la finalidad que justifica su régimen específico previsto en la legislación urbanística, habría que aplicar el régimen previsto en la legislación de bienes. Y sería de aplicación el artículo 80 del TRRL, que determina que las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública. Incluso si el bien incompatible con el destino del PPS fuera autonómico, también el procedimiento debería ser el de subasta. Esto sería así por aplicación de la LPAP, que, con carácter básico, dice que la gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales se ajustarán a los principios de eficacia y rentabilidad en su explotación; y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 137 de la LPAP, de aplicación supletoria, que, aunque establece como procedimiento ordinario el concurso, en el apartado 3 dice que se utilizará la subasta en todo caso cuando los bienes sean inadecuados para atender las directrices de las políticas públicas, en particular de vivienda.

públicos de suelo constituyen “un fondo rotatorio de realimentación continua, por aplicaciones sucesivas al mismo fin de dicho patrimonio, lo que constituye una técnica visible de potenciación financiera” (STS de 2 de noviembre de 1995). Evidentemente, tanto los patrimonios municipales de suelo derivados de las cesiones obligatorias y gratuitas como los ingresos procedentes de la sustitución de dichas cesiones por metálico, deben destinarse, una vez gestionados por las sociedades públicas, a la misma finalidad, ya que la titularidad de los bienes (Administración matriz o sociedad instrumental) no vulnera los principios de afección tasados en la legislación urbanística.

Lliset Borrell<sup>22</sup> se pregunta por qué, existiendo una regulación de las formas de gestión en la legislación general del régimen local (estatal y autonómica), una legislación sectorial como es la del urbanismo ha de insistir en reproducir, en muchos aspectos, dicha legislación, cuando, en definitiva, pocas novedades aporta a aquella regulación general. La explicación, según dicho autor, puede radicar en que el objeto de las empresas urbanísticas no es la gestión de un servicio público (para la que se había previsto un *numerus clausus* de modos gestores), sino la realización de una obra pública que solo podrá realizarse por la propia Administración cuando esta posea servicios técnicos o industriales propios, opinión que yo no comparto en absoluto, ya que la prestación que realizan las sociedades es la gestión directa de un servicio público, o como hemos comentado en capítulos anteriores la Administración matriz posee un control análogo sobre el ente instrumental, aun cuando tenga una personalidad jurídica independiente. El servicio público de gestión urbanística se sigue prestando *ad intra*, bajo los parámetros de actividades económicas de interés general, pero sin contradecir las leyes sectoriales urbanísticas, tanto las estatales como las de las respectivas comunidades autónomas. Quizá nos deberíamos plantear, llegados a este punto, si la cesión del PPS a las sociedades municipales urbanísticas conlleva la pérdida de la finalidad urbanística de los bienes, ya que conviene destacar que con dicha cesión, según Arana García, se perdería el carácter teleológico del patrimonio municipal de suelo, ya que el mismo se cede o gestiona por una personalidad jurídica diferente a la propia Administración, desvinculándose del elemento teleológico o finalista del propio bien y por supuesto de su destino, que no nos olvidemos que está legalmente tasado. Desde mi punto de vista no comparto dichas afirmaciones, respaldadas por una gran parte de la doctrina administrativista; ya sean bienes patrimoniales, ya sean bienes del PPS, estamos ante una gestión directa de un servicio público que sigue encajando perfectamente

22. LLISSET BORRELL, F., *La actividad empresarial de los entes locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1990.

en el concepto de servicio público que la Administración presta, aunque sea a través de un ente instrumental como son dichas sociedades. Es un reflejo más de la potestad de autoorganización y gestión de los servicios públicos de interés local. Si la vinculación de los terrenos del patrimonio municipal del suelo al destino legalmente establecido queda asegurada más fácilmente por la evidente relación que existe entre el ente instrumental y la Administración matriz, más difícil es desde mi punto de vista asegurar el destino del patrimonio del suelo<sup>23</sup> cuando haya tenido lugar la cesión a un tercero, ya que las sociedades municipales siguen siendo un elemento garantista en la conservación y destino original de los bienes del PPS, pero con la cesión de bienes a terceros se pierde claramente el elemento finalista del interés social, actuando dichas empresas como intermediarios de una operación que sale de la estructura administrativa. Aquí sí que es mucho más difícil mantener la afección o destino de dichos patrimonios, ya que entran en juego en el tráfico del mercado inmobiliario, en concurrencia con diferentes operadores privados.

Para finalizar, creemos que el futuro de las sociedades municipales, dado su amplio objeto social, debe enfocarse bajo los auspicios de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Con la crisis económica actual, es difícil que las sociedades urbanísticas puedan llevar adelante gestión urbanística *stricto sensu* con las pocas juntas de compensación que hoy en día están aún en funcionamiento, así como cualquier otro elemento derivado de la gestión urbanística. Dada nuestra experiencia profesional, las sociedades urbanísticas locales no suponen ninguna mejora en la gestión urbanística derivada de las encomiendas de gestión que puede realizar la Administración matriz, ya que las mismas generalmente no están dotadas ni preparadas para tramitar y elevar a la aprobación de los organismos administrativos competentes los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización o proyectos de dotación de servicios, así como obtener mejor éxito en los resultados respecto a los instrumentos de ejecución de planea-

23. En este sentido, PAREJO ALFONSO, L. y BLANC CLAVERO, F., en *Derecho Urbanístico valenciano*, refiriéndose a la anterior Ley reguladora de la actividad urbanística, señalan: “La LRAU permite que la compensación de ‘excedentes de aprovechamiento’ se concrete en la cesión de terrenos de destino dotacional público tanto como en terrenos susceptibles de aprovechamiento de objeto privado. Desde este punto de vista teleológico no sé qué inconveniente hay en considerar comprendidos en el patrimonio municipal del suelo los bienes de dominio público municipal”. El artículo 543 del ROGTUV, en desarrollo del artículo 260 de la LUV, recoge también como integrantes del PMS “el aprovechamiento que exceda del que corresponde a los propietarios del suelo urbano y urbanizable”. Por ello, el artículo 260.2 LUV determina que “los bienes de los patrimonios públicos del suelo conforman un patrimonio independiente, separado del resto de bienes y derechos patrimoniales o privados de titularidad de la Administración, con independencia del régimen jurídico propio de demanialidad o privacidad de los bienes integrantes de dicho patrimonio”.

miento tramitados por las gerencias de urbanismo, como organismos autónomos. Una problemática singular que presentan las sociedades municipales urbanísticas es, precisamente, la tramitación de actividades materiales o técnicas de carácter preparatorio de decisiones administrativas. Desde nuestro punto de vista, cabe aceptarlo siempre y cuando se instrumenten medidas de control para garantizar la objetividad en el servicio del interés y sometimiento pleno al ordenamiento, como, por ejemplo, puede ser arbitrar que el órgano administrativo competente consigne nota razonada de conformidad o disconformidad sobre la actuación de la sociedad municipal, asumiendo, en todo caso, tal titular la responsabilidad de esta actuación. Otra problemática singular presenta la posibilidad de que la sociedad municipal (privada o mixta) se ocupe de practicar notificaciones. Desde nuestro punto de vista, este modo de proceder puede ser útil al principio de eficacia siempre y cuando la Administración sea consciente de que, en la medida en que el personal de la sociedad no es funcionario, tampoco goza de la presunción de veracidad, por lo cual, en aras del principio de que la carga de la prueba compete al notificador, conviene que se adopten determinadas medidas tendentes a asegurar la prueba de que la notificación se ha verificado legalmente.

# La potestad administrativa y los mecanismos de protección del medio ambiente

JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

*Funcionario de la Administración local con habilitación de carácter estatal.*

*Licenciado en Derecho.*

*Grado en Ciencias Políticas.*

*Colaborador del Observatorio de Contratación Pública*

- 1. La Administración y el medio ambiente**
- 2. Régimen competencial**
- 3. La regulación normativa y las potestades de la Administración**
- 4. Sectores de intervención administrativa y mecanismos de protección del medio ambiente**
  - 4.1. Las propiedades públicas: aguas, montes, costas: la demanialización de recursos naturales
  - 4.2. La técnica evaluatoria
  - 4.3. La protección del medio ambiente en las normas sectoriales
    - 4.3.1. Atmósfera y calidad del aire
    - 4.3.2. Biotecnología
    - 4.3.3. Ecosistema: vías pecuarias
    - 4.3.4. Residuos
    - 4.3.5. Responsabilidad medioambiental
- 5. Los ciudadanos en los mecanismos de protección medioambiental**
- 6. Conclusiones**

## Resumen

El medio ambiente es hoy un derecho objeto de protección por las distintas instancias nacionales e internacionales, como se demuestra en su

*Artículo recibido el 15/04/2015; aceptado el 25/05/2015.*

regulación en tratados internacionales, junto a los mandatos imperativos del texto constitucional, llegando a su previsión de las ordenanzas municipales.

Bien jurídico con múltiples manifestaciones, cuya regulación se analiza en el presente trabajo, destacando su importancia, al estar vinculado a derechos fundamentales de la persona como la vida o la intimidad, como han declarado tribunales de todas las instancias.

Se analiza asimismo el reparto competencial en la materia medioambiental, junto a los mecanismos a disposición de los poderes públicos y de los ciudadanos para velar por hacer efectivo el mandato constitucional español: “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”.

Palabras clave: *medio ambiente; protección; control; desarrollo de la persona; participación.*

### **Administrative powers and the mechanisms for the protection of the environment**

#### **Abstract**

*The enjoyment of the environment is nowadays a right to be protected by international and national authorities. This is reflected in the regulation of this right both in the international treaties and the national constitutional texts. This protected right has been also recognized in the municipal sources of law.*

*This article studies the regulation of the right to enjoy the environment which has multiple faces and is crucial for being closely related to fundamental rights such as the right to life or the right to privacy. This key point has been signaled by several courts of all levels.*

*Finally, the article analyzes the distribution of powers between the different levels of government in the field of the protection of the environment, together with the mechanisms that have public powers and citizens to make effective the right to enjoy the environment entrenched in the Spanish Constitution (Article 45).*

Keywords: protection of the environment; development of the person; participation.

## 1

**La Administración y el medio ambiente**

La Constitución de 1978 concibe la participación en los asuntos públicos como un derecho fundamental de los ciudadanos en su artículo 23, y garantiza su ejercicio en el artículo 55. Esta participación, que puede ser directa o representativa, se hará efectiva por los poderes públicos por imperativo del artículo 9.2 CE, al “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Este mandato podemos aplicarlo al medio ambiente, y así, a la luz del artículo 45 CE, se dispone que: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”. Por parte del profesor Pérez Moreno<sup>1</sup> se define el derecho ambiental como el ordenamiento que garantiza y disciplina el goce colectivo inherente a los bienes ambientales, velando por su integridad natural. Como control de la disponibilidad de los bienes ambientales para garantizar sus utilidades y efectos colectivos. Así, la planificación ambiental, siguiendo la jurisprudencia constitucional (STC 138/2013, de 6 de junio de 2013), está estrechamente vinculada a la percepción de que el medio ambiente requiere invariablemente de acciones coordinadas que consigan “reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro” (STC 102/1995, FJ 7). En la medida en que esta percepción no ha cambiado, siendo ahora aún más evidente la importancia de una política medioambiental global, dados el carácter inequívocamente transfronterizo de esta materia y la importancia de los valores en juego, no cambian la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la planificación medioambiental y sus directrices para la ordenación de los recursos naturales. Estas últimas son expresión de la muy justificada preocupación del legislador por afrontar las particulares necesidades de coordinación inherentes a esta materia, vinculadas a “la prioritaria atención que merece la protección del medio ambiente, en su dimensión específica de protección del patrimonio natural y de la biodiversidad, cuya creciente fragilidad queda de manifiesto en las cifras y tendencias, contrastadas científicamente” (STC 69/2013).

---

1. PÉREZ MORENO, A., “Reflexiones sobre la sustantividad del derecho ambiental”, *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, enero-diciembre 1983, pág. 2786.

El Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre el contenido del artículo 45 CE, que identifica el principio de protección y mejora del medio ambiente adecuado al libre desarrollo de la persona como uno de los principios rectores de la política económica y social (STC 234/2012, de 13 de diciembre de 2012). A lo que se debe añadir –con el profesor Canosa Usera<sup>2</sup>– que la función del derecho ambiental es proteger, al regularlos, los intereses medioambientales; y, más sucintamente, proteger el medio ambiente. Las novedades, traducidas en necesidades sociales, tenían que despertar el celo del legislador, quien, con más o menos diligencia, ha ido incorporando en los ordenamientos los nuevos intereses, juridificándolos. Este proceso regulador, como veremos a lo largo de esta exposición, culmina con la inclusión de los intereses medioambientales en las Constituciones más recientes y en innumerables documentos internacionales. Lo que fue en su día un interés exótico y periférico, es hoy objeto central de una nueva disciplina jurídica: el derecho ambiental.

A su vez conviene partir de la idea de que el constituyente adoptó la posición de una concepción amplia del medio ambiente, que incluye no solo los recursos naturales, sino también los elementos artificiales que rodean a la vida humana (SSTC 102/1995 y 306/2000). Eficacia del mandato constitucional –apunta el profesor Simón Yarza<sup>3</sup>– que puede resumirse en los siguientes puntos: mandato de programación final que “fija una tarea, pero nada dice respecto a cómo debe realizarse en particular esta tarea”. La cuestión de los medios queda a disposición del legislador; la eficacia que, frente al legislador, puede poseer el mandato de proteger el medio ambiente, no viene condicionada solo por el artículo 53.3 CE, sino, muy especialmente, por su propio contenido sustantivo. Y es que el objeto material es esencial para determinar el significado jurídico de un precepto, toda vez que cabría aprobar, bajo una forma normativa plenamente válida, preceptos. Así, desde la STS de 12 de julio de 1978, que trata de armonizar el ejercicio de la libertad industrial y la salvaguarda de los intereses y necesidades de la comunidad vecinal, el profesor González Pérez<sup>4</sup> afirmará que, para el Tribunal Constitucional, la armonización de ambos bienes constitucionales implica la adopción de un modelo de desarrollo de carácter cualitativo y no meramente cuantitativo, basado en un ciego productivismo. Hay derechos funda-

2. CANOSA USERA, R., “Aspectos constitucionales del derecho ambiental”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 94, octubre-diciembre 1996, págs. 75 y 82.

3. SIMÓN YARZA, F., “El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94, enero-abril, 2012, pág. 160.

4. GONZÁLEZ PÉREZ, J. (dir.), *Comentarios a la Ley del Suelo*, vol. I, 1.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pág. 98.

mentales como el del medio ambiente –apuntó el profesor Martín-Retortillo Baquer<sup>5</sup>– que implican un coste elevado. La sociedad que se compromete con el medio ambiente asume que tiene que dedicar cuantiosas sumas y muy importantes partidas para funcionar de una forma adecuada y correcta. Referencia a este derecho como fundamental es la STC 102/1995, al señalar que el aseguramiento de la solidaridad colectiva que haga posible el ejercicio del derecho a disfrutar del medio, y el correlativo deber de conservarlo, legitiman la atribución al Estado de competencias ambientales, y que como emanación de la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE) cada cual tiene el derecho inalienable a habitar en su entorno de acuerdo con sus características culturales. A partir de la previsión de este artículo 10.1 CE, al establecer que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”, y de la cláusula de transformación<sup>6</sup> contenida en el artículo 9.2 CE, al reconocer 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”, especificará el profesor Canosa Usera<sup>7</sup> que el apartado primero del artículo 45 CE, aun cuando recoge literalmente un derecho constitucional, opera como principio rector, el más importante de los principios constitucionales ambientales. En efecto, el reconocimiento de un derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, al margen de su formulación literal y de su problemático valor como derecho subjetivo típico, es incuestionablemente un principio y, como tal, se proyecta sobre todo el orden jurídico. Se proclama un principio de adecuación ambiental al servicio del desarrollo de la persona. El resto de los principios ambientales de la Constitución quedan entonces subordinados a este principio de principios. Y esta subordinación implica que la acción de los poderes públicos se desenvuelva en virtud y al servicio de la persona y de su desarrollo vital. Al respecto existe una diversidad de posiciones doctrinales relativas a la consideración de derecho subjetivo del derecho a

5. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Derechos fundamentales y medio ambiente”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 4, 2006, pág. 22.

6. LINDE PANIAGUA, E. (coord.), “Parte especial del derecho administrativo: la intervención de la Administración en la sociedad”, Colex, Madrid, 2007.

7. CANOSA USERA, R., “¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 7, T1, 2006, pág. 167.

disfrutar de un medio ambiente adecuado reconocido en el artículo 45 CE<sup>8</sup>, siendo favorable a la misma la admitida por el profesor Jordano Fraga<sup>9</sup>, al especificar que dicho precepto reconoce un derecho subjetivo a disfrutar de un medio ambiente adecuado en la medida en que lo dispongan las leyes. El haz de facultades que integran el derecho se descompone en aspectos sustantivos y procesales (de participación, de información). La estructura de derecho subjetivo hace innecesario el reconocimiento de la acción, porque esta se encuentra implícita (artículos 45 y 53.3 CE). La titularidad de disfrute impide relaciones apropiativas. El contenido de una demanda de reparación es la restauración de la legalidad vulnerada y la realidad alterada. Y por su parte la postura de la jurisprudencia en la consideración como derecho se plasmó en la STC 32/1983, de 28 de abril, referente al alcance de la igualdad de derechos del artículo 149.1 CE; o en materia de la Ley de Costas, son un ejemplo la STC 149/1991, de 4 de julio, y las SSTs de 25 de abril de 1989, 18 de abril de 1990 y 26 de diciembre de 1991.

Ya el profesor González Pérez<sup>10</sup> hacía referencia a que la ineludible necesidad de compatibilizar el desarrollo económico y la protección del medio ambiente, de reducir el desarrollo a sus justos términos, de acabar con el desarrollo desahogado convirtiéndolo en un desarrollo cualitativo, hace años fue consagrada en asambleas, conferencias y foros internacionales de distinto nivel, plasmándose en informes, declaraciones, y hasta en tratados. Lo que nos conduce, en clave internacional, a la regulación de la protección del medio ambiente en los convenios internacionales, como: Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (1973), Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 1992), Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y reparto justo y equitativo de los beneficios que se deriven de su utilización (2010), Convenio sobre la Diversidad Biológica (2010), Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa (Berna, 1979), Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (1979), Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlánti-

8. La tesis que considera el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como un derecho subjetivo, ha sido defendida ampliamente en nuestra doctrina por Bassols Coma, Rodríguez Ramos, Pérez Luño, Prieto Sanchís y Serrano Moreno. Y manteniendo una postura contraria, Garrido Falla, Escribano Collado, López Menudo, Martín Mateo y Moreno Trujillo.

9. JORDANO FRAGA, J., “El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva (1)”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 0, 1998.

10. GONZÁLEZ PÉREZ, J. (dir.), *Comentarios a la Ley del Suelo*, vol. I, 1.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pág. 93.

co del Nordeste (París, 1992), Convenio relativo a humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (Ramsar, 1971), Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (París, 1994), resultante de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la denominada Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro, 1992, y el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales (Ginebra, 2006).

Y por lo que se refiere al derecho originario de la Unión Europea, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea reconoce en su artículo 2 que la Comunidad tendrá por misión, entre otras, promover “un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida”, que se concretan en su Título XIX sobre el “Medio Ambiente”, al establecer en su artículo 174: “La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales, el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. 2. La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”.

Esta regulación internacional tiene trascendencia por su aplicación a España en virtud del contenido de lo dispuesto en el ya mencionado artículo 10.2 CE, según el cual: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Por ello tenemos que seguir los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resultando significativas en materia medioambiental la STEDH de 9 de diciembre de 1994 (asunto López Ostra contra España) y la STEDH de 19 de febrero de 1998 (asunto Guerra contra Italia), que serán recepcionadas por nuestro Tribunal Constitucional a la luz del artículo 10.2 CE. Y según el profesor Martín-Retortillo Baquer<sup>11</sup> no se puede perder de vista que, aparte

11. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 137, mayo-agosto 1995, pág. 8; y “El orden europeo e interno de los derechos

del aspecto simbólico, que no es escaso, la mayor funcionalidad operativa del citado artículo 10.2 nos sitúa en el terreno de la aplicación del derecho: el precepto hace fuerza sobre todo en lo referente a “la interpretación” de las normas. Pero matizando que las ventanas de los artículos 96, 93 y 10.2 CE no pueden servir para cercenar o amenguar el nivel de derechos fundamentales afianzado por la Constitución.

El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado es algo que debe ser situado en una clave plena de contenidos positivos –apunta el profesor López Menudo<sup>12</sup>–, es decir, como el reconocimiento del derecho al disfrute de unas calidades medioambientales adecuadas a la vida humana que han de mantenerse efectivas y constantes, como un atributo normal del entorno vital; lo que no debe ser confundido, aunque pueda parecer lo mismo, con el derecho a obtener una indemnización en aquellos casos en que la degradación llegue a tal extremo que produzca un daño tangible y singularizado, lo cual es otro derecho distinto. Recientemente, en STS de 6 de octubre de 2010, se proclamó que debían aplicarse los criterios que se habían señalado en las SSTC 64/1982 y 170/1989, para armonizar los conflictos entre el medio ambiente y la explotación de los recursos. Si el medio ambiente es adecuado, lo es para todos, y no solo para el que lo “exige” ante los tribunales, resumiendo el profesor Real Ferrer<sup>13</sup> que no se puede compartimentar: o lo disfruta la especie o no lo disfruta nadie, para lo que debe aplicarse primeramente la normativa comunitaria en materia de protección del medio ambiente publicada, que afecta a las materias referidas a cooperación internacional, aprobación de programas comunitarios, contaminación y protección del espacio, medios y recursos naturales<sup>14</sup>.

## 2

### Régimen competencial

A partir del régimen competencial del artículo 149.1.23.<sup>a</sup> CE, que reconoce que el Estado tendrá competencia exclusiva por lo que se refiere a “le-

---

fundamentales y su protección jurisdiccional”, *Revista de Administración Pública*, n.º 165, septiembre-diciembre 2004, pág. 24.

12. LÓPEZ MENUDO, F., “El derecho a la protección del medio ambiente”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10, septiembre-diciembre 1991, pág. 164.

13. REAL FERRER, G., “La construcción del derecho ambiental”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 1, 2002.

14. SARASOLA GORRITI, S., “Normativa comunitaria en materia de protección del medio ambiente”, *Ambiente y Derecho*, n.º 4, 2006, págs. 81-102 (referida a las publicadas en 2007).

gislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección”, mencionará el profesor Muñoz-Machado<sup>15</sup> la jurisprudencia constitucional (SSTC 56/1986, 103/1989, 149/1991 y 102/1995) al considerar que en materia medioambiental es pertinente la invocación del principio de colaboración, ínsito en la estructura del Estado de las autonomías; además de saber que la STC 33/2005, de 17 de febrero, por lo que se refiere al carácter excepcional de las competencias de ejecución del Estado, resolvió como contraria al orden constitucional de competencias la atribución a un órgano estatal [Entidad Nacional de Acreditación (ENAC)] de las funciones de acreditación de verificaciones medioambientales para la aplicación del Sistema Comunitario de Ecogestión y Ecoauditoría (EMAS) o el reconocimiento de la facultad estatal de designar entidades de acreditación de forma concurrente con organismos que designen las comunidades autónomas.

También en materia competencial se pronunció la STC 5/2015, de 22 de enero de 2015, que teniendo en cuenta que los artículos 132 y 149.1 apartados 1, 8 y 23 CE sustentan la competencia plena del Estado para la delimitación del dominio público marítimo-terrestre, abarcará así desde la definición legal de dicho demanio, hasta su material deslinde, y la definición del régimen jurídico del dominio público y de su zona de servidumbre. También la STC 149/2011 consideró que, puesto que correspondía al legislador estatal acordar o no la declaración de demanialidad de las aguas continentales, también había de corresponderle, como corolario de esa facultad, la escala de la demanialización, esto es, la determinación de su extensión, efectos y límites, de la manera que entendiera más beneficiosa para el interés general al que este tipo de bienes hubieran de servir. Así pues, constituyendo la demanialización una opción del legislador estatal, esta puede perseguir distintos fines (STC 227/1988) constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el artículo 45 CE, o bien a la defensa y utilización racional de la riqueza del país, en cuanto que subordinada al interés general (artículo 128.1 CE). Además, la STC 194/2004 permite a las autonomías asumir en exclusiva la gestión de los parques naturales ubicados en su territorio. El Estado, por su parte, mantiene competencias en materia de gestión de bienes de dominio público en función de la legislación sectorial, la coordinación de las políticas ambientales de las demás Administraciones (STC 329/1993).

15. MUÑOZ-MACHADO, S., *Derecho público de las comunidades autónomas (I)*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 2007, págs. 759 a 776.

También en este sentido apuntar la STC 34/2014, de 27 de febrero de 2014, para la que en el dominio público marítimo-terrestre se produce una concurrencia entre las competencias del Estado y las de las comunidades autónomas, las primeras derivadas de la titularidad demanial que al Estado corresponde sobre el espacio físico en que el puerto se sitúe, y las segundas, de los títulos específicos contemplados en los respectivos estatutos de autonomía, que necesariamente se desenvuelven en ese espacio físico. Esa concurrencia competencial fue objeto de explícito reconocimiento por el Tribunal Constitucional, al señalar “la imbricación de titularidades que se produce en los espacios portuarios que, lo mismo que los aeropuertos (STC 68/1984) son espacios en los que se llevan a cabo funciones diversas, correspondientes a distintas Administraciones (STC 77/1984)” (STC 149/1991).

Por lo demás, dicha afectación se infiere de la doctrina constitucional (SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, 161/1996, de 27 de octubre, y 118/1998, de 4 de junio), en la que el Alto Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad del principio de unidad de gestión de cuenca hidrográfica, como criterio de delimitación territorial, para precisar el alcance del artículo 149.1.22 CE. En concreto, en la STC 227/1988, se manifestó sobre la expresión “aguas que discurran por más de una comunidad autónoma”, que calificó como concepto constitucional cuyo significado debía desentrañarse atendiendo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia, del que derivaba la necesidad de una gestión unitaria, pues las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser administrado de forma homogénea (STC 13/2015, de 5 de febrero de 2015). Además, por la doctrina constitucional se afirma el carácter básico del artículo 50.1 de la Ley de Montes en su STC 97/2013, de 23 de abril, donde se apuntó que la finalidad disuasoria de la medida adoptada en el precepto referido, que tiene como objetivo la prevención de los incendios forestales y, en última instancia, la protección de la masa forestal, “hace que el precepto encaje sin dificultad en el ámbito de la competencia estatal para establecer la legislación básica en materia de montes y aprovechamientos forestales, resultando extensible la doctrina recogida en la STC 101/2005, de 20 de abril, a cuyo tenor el Estado, en ejercicio de la competencia exclusiva que le atribuye el art. 149.1.23 CE, puede condicionar las competencias sectoriales de las comunidades autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales, en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener para la preservación de los recursos naturales” (SSTC 97/2013, de 23 de abril, y 162/2014, de 7 de octubre).

El Tribunal Constitucional ha reconocido siempre el carácter poliédrico –dice la STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2014– de la materia medioambien-

tal, y el entrecruzamiento de competencias de las distintas Administraciones territoriales, lo que tiene gran influencia a la hora de decidir la atribución competencial correspondiente (STC 306/2000). Sí podemos comprobar con el profesor Esteve Pardo<sup>16</sup> que el consenso social sobre el progreso industrial y el progreso tecnológico se ha roto desde tiempos recientes, y que es en medio de esa ruptura donde se sitúa, entre otros, el derecho medioambiental. Y en cualquier caso, siempre que se plantee un conflicto medioambiental en torno a una gran obra pública, a una instalación industrial, a una operación urbanística, etc., se reproduce, en cada conflicto, esa ruptura social en torno al progreso material y técnico.

Por su parte, la afección por los intereses municipales en la materia medioambiental induce a considerar el criterio de la STC 240/2006, de 20 de julio, para la que la autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios, sobre el cual, por tanto, se extienden sus competencias (STC 40/1998, de 19 de febrero). Debiendo por tanto las entidades locales servir con objetividad al interés público medioambiental, por previsión de la normativa constitucional y municipal (artículos 9.3 y 103 CE, y 6 LRRL), el sistema competencial que hoy se ofrece para la Administración local se enmarca en la regulación del medio ambiente prevista en los artículos previsores de sus competencias, artículos 25 y 26 LRRL, que delimitan un mínimo competencial con remisión al legislador sectorial competente, central o autonómico, para la determinación concreta de estas competencias locales<sup>17</sup>. Resultando que hoy, por lo que se refiere a la materia medioambiental que estudiamos, el artículo 25 LRRL, en su nueva redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, con vigencia desde el 31 de diciembre de 2013, dispone que: “1. El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo. 2. El municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias: a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de

16. ESTEVE PARDO, J., “Derecho y medio ambiente: problemas generales. El derecho del medio ambiente como derecho de decisión y gestión de riesgos”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 4, 2006, pág. 9.

17. ALONSO HIGUERA, C., *Manual del secretario. Teoría y práctica del derecho municipal*, Tomo II, Atelier, Barcelona, 2002, pág. 113.

protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación. b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas. [...] j) Protección de la salubridad pública. [...]”. El artículo 26 dispone que: “1. Los municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: a) En todos los municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas<sup>18</sup>. b) En los municipios con población superior a 5000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos. c) En los municipios con población superior a 20 000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público. d) En los municipios con población superior a 50 000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano. 2. 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 y tratamiento de residuos. b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. c) Limpieza viaria. [...]”. Y el artículo 27.3: “Con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las comunidades autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias: a) Vigilancia y control de la contaminación ambiental. b) Protección del medio natural. [...]”. Por ello resulta insoslayable establecer la conexión, por encontrarnos en un estado social de derecho, entre las competencias municipales y el derecho de los vecinos a exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio (SSTS de 16 de mayo de 1997, 21 de noviembre de 1996 y 14 de noviembre de 1989). Satisfacción del servicio que podrán los vecinos exigir, vía artículo 18.1.g) LRBRL, por ostentar el derecho subjetivo a que se les preste en cuanto servicio obligatorio (SSTS de

18. MORENA OLÍAS, J. DE LA (COORD.), ALONSO ALONSO, C. y MARTÍNEZ NIETO, E., *Manual para la gestión de los residuos urbanos*, La Ley, Ecoiuris, 2003.

21 de noviembre de 1996, 1 de junio de 1979, 9 de mayo de 1986, 25 de abril de 1989, 21 de enero de 1992 y 27 de marzo de 2007).

El derecho administrativo, en efecto –afirma el profesor Real Ferrer<sup>19</sup>–, existe porque existe la Administración, y esta, porque hay que cumplir la función consistente en satisfacer el interés general. Para ello, señalar que la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre (de servicios en el mercado interior), tuvo por finalidad una pretensión de desregulación del mercado interior, empleando la simplificación administrativa y la liberalización del establecimiento de los prestadores de servicios, eliminando la abundancia de trámites administrativos; si bien advertir, como precisa el profesor Blanquer Criado<sup>20</sup>, que la supresión de controles autorizatorios no es ni general ni para todo tipo de actividad; así, no se suprimen las autorizaciones que se exigen para controlar el uso especial o privativo del dominio público (por ejemplo, artículos 9.1 y 56 de la Directiva, para la salud pública, protección de consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano). Directiva que ha sido transpuesta en nuestro país por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que instaura la comunicación o declaración responsable del particular, para procederse a un control administrativo *ex post facto*. No obstante lo dicho, quedan fuera del campo de aplicación de la Ley 17/2009 servicios como los sanitarios, farmacéuticos, o los transportes.

### 3

#### La regulación normativa y las potestades de la Administración

El derecho medioambiental previsto en el artículo 45 CE se configura como un derecho subjetivo con un contenido delimitado por el desarrollo legislativo (STC 32/1983, de 28 de abril) y cuya lesión por el incumplimiento de la legalidad ordinaria producirá automáticamente la lesión del derecho a la calidad de vida ambiental (SSTS de 10 de abril de 2003 y de 12 de marzo de 2007).

La distinción entre facultades derivadas de la titularidad estatal de los bienes del dominio público natural y las competencias asumidas por las comunidades autónomas para la protección del medio ambiente, parece responder únicamente a la voluntad de evitar que en los bienes del dominio público

19. REAL FERRER, G., “La solidaridad en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 161, 2003, págs. 140-141.

20. BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 874.

estatal se produzca, como consecuencia de “la potencialidad expansiva del dominio público como título de intervención administrativa” –en expresión de la STC 149/1991–, un desplazamiento a favor del Estado de las competencias reconocidas por el ordenamiento jurídico a otras Administraciones Públicas. Esta realidad induce a que sin el reforzamiento de los medios materiales (dispositivos y redes de vigilancia) –analiza el profesor Jordano Fraga<sup>21</sup>– y un cuerpo de agentes del medio ambiente, es imposible hacer respetar los estándares de emisión de ruido, contaminación atmosférica o protección de la biodiversidad. La alternativa entonces no es otra que reforzar la Administración ambiental, y en tanto que no sea capaz de implementar y hacer cumplir las normas ambientales, subvencionar y estimular positivamente a los sujetos obligados a su cumplimiento. Además, la preocupación por la protección del medio ambiente –apuntará el profesor Vernet i Llobet– se ha mostrado primero a nivel internacional, como consecuencia de la necesidad de disciplinar el desarrollo tecnológico que a nivel global empezaba a acarrear amenazas significativas para la salud y la vida humanas<sup>22</sup>. Esta realidad nos conduce a conocer la normativa internacional del medio ambiente, para saber su aplicación en España en previsión del artículo 10.2 CE y el desarrollo normativo a nivel interno.

La interpretación de los preceptos de la legislación sectorial en materia medioambiental carece totalmente de sentido –dirá el profesor Alonso García<sup>23</sup>– si no es realizada a partir de esos principios de internalización económica de costos ambientales, principio de “quien contamina paga”, principio “de precaución”, el “de efectividad”, principios “de corrección en la fuente misma”, principio de “desarrollo o crecimiento sostenible”, principio “de relatividad del dato técnico para la relajación del nexo causal”, o el principio “de no uniformidad geográfica”. Así que, en cuanto a los mecanismos de protección medioambiental a nivel internacional –para la profesora Lozano Cutanda<sup>24</sup>–, el derecho internacional para la protección del medio ambiente se desarrolla en un difícil equilibrio entre el derecho soberano de los Estados sobre sus propios recursos, que hace que a estos competa fundamentalmente la responsabilidad de su protección, y la obligación que todo Estado tiene de

21. JORDANO FRAGA, J., “El futuro del derecho ambiental”, *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 24, febrero 2013.

22. VERNET I LLOBET, J., “El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, UNED, 2007, pág. 517.

23. ALONSO GARCÍA, E., “Legislación sectorial de medio ambiente”, *Revista de Administración Pública*, n.º 137, mayo-agosto 1995, págs. 68-69.

24. LOZANO CUTANDA, B., “Eclósión y crisis del derecho ambiental”, *Revista de Administración Pública*, n.º 174, septiembre-diciembre 2007, págs. 374 y 376.

no dañar el medio ambiente de otros Estados o de los espacios comunes del planeta, que otorga a la comunidad internacional un “título de intervención” para promover y regular, en cierta medida, la protección de los recursos que conforman el ecosistema humano. Estas coordenadas del derecho internacional ambiental explican que muchos de los instrumentos utilizados no revistan carácter obligatorio, constituyendo declaraciones de principios o normas programáticas –lo que se conoce como *soft law* o “derecho blando”–, cuyo objeto es procurar el desarrollo y la armonización a nivel internacional del derecho interno de los Estados. Las normas internacionales de carácter jurídicamente vinculante se han desarrollado sobre todo en relación con la protección de los espacios comunes del planeta, más allá de las jurisdicciones de los Estados, como es el caso de la alta mar, los fondos marinos y oceánicos, o la Antártida. Los instrumentos internacionales dirigidos, directa o indirectamente, a la protección ambiental, se multiplican a partir, en especial, de la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano, o “Conferencia de Estocolmo”, de 1972. Mientras que para la normativa comunitaria el profesor Arlucea Ruiz<sup>25</sup> ya apuntó que una de las graves deficiencias del derecho ambiental es la ausencia de un concepto pacífico de lo que se deba entender por ambiente. La cuestión no es baladí porque esta indefinición conceptual ha llevado a ciertos actores políticos a servirse de la misma en aras a articular un concepto posible, pero al propio tiempo servil a sus intereses.

Particularmente, en materia de la atmósfera y calidad del aire, la normativa internacional señalemos la forman la Directiva 2004/107/CE y la Directiva 2008/50/CE (que ha sustituido a las directivas 96/62/CE, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente, 1999/30/CE, relativa a los valores límite de dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno y óxidos de nitrógeno, partículas y plomo en el aire ambiente, 2000/69/CE, sobre los valores límite para el benceno y el monóxido de carbono en el aire ambiente, y 2002/3/CE, relativa al ozono en el aire ambiente y a la Decisión 97/101/CE, por la que se establece un intercambio recíproco de información y datos de las redes y estaciones aisladas de medición de la contaminación atmosférica en los Estados miembros).

En materia de sustancias agotadoras de la capa de ozono, en 1985 se pone en marcha el Convenio de Viena, que se desarrolla a través de medidas concretas por medio del Protocolo de Montreal. Y para los compuestos orgánicos volátiles, señalaremos que se aprobó el 11 de marzo de 1999 la Directiva 1999/13/CE, que tiene por objeto prevenir o reducir los efectos directos

---

25. ARLUCEA RUIZ, J. E., “La falseada recepción del ambiente en el ‘derecho constitucional’ de la Unión”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 10, 2008, pág. 360.

e indirectos de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles (COV) al medio ambiente y sobre los seres humanos, por medio del establecimiento de límites de emisión de esos compuestos y de condiciones de explotación de las instalaciones que utilizan disolventes orgánicos (que fue transpuesta a la legislación nacional mediante el Real Decreto 117/2003, de 31 de enero). Esta Directiva fue derogada el 7 de enero de 2014 por la Directiva 2010/75/UE, de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales. Para complementar la normativa anterior, el 21 de abril de 2004 se aprobó la Directiva 2004/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la limitación de las emisiones de COV debidas al uso de disolventes orgánicos en determinadas pinturas y barnices y en los productos de renovación del acabado de vehículos. Y finalmente señalar el Protocolo de Gotemburgo, derivado del Convenio de Ginebra de 1979 sobre contaminación transfronteriza a larga distancia, en el cual se imponen valores límite de emisión para compuestos orgánicos volátiles.

En materia de acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales, en 1998 se firmó el Convenio de Aarhus, que reconoce estos derechos públicos en los procesos de toma de decisiones gubernamentales en materias que afecten al medio ambiente local, nacional o transfronterizo.

En materia de ruido, citaremos la Directiva 2002/49/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental. Y en materia de gases fluorados, para poner en marcha los compromisos del Protocolo de Kyoto, en el año 2006 la Unión Europea publicó el Reglamento n.º 842/2006, de 17 de mayo, sobre determinados gases fluorados de efecto invernadero, y la Directiva 2006/40/CE, de 17 de mayo, relativa a emisiones procedentes de sistemas de aire acondicionado en vehículos a motor, que regula del mismo modo parte del sector de la automoción en lo que se refiere a gases fluorados.

Sobre la biotecnología, señalar dos directivas básicas: la Directiva 2009/41, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente (que deroga la Directiva 90/219/CEE), y la Directiva 2001/18/CE, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE. Estas normas han sido objeto de posteriores desarrollos y adaptaciones al progreso técnico. Así, el Reglamento 1830/2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la trazabilidad y al etiquetado de organismos modificados genéticamente y a la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de estos, y por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE. Y a nivel internacional, el transporte, etiquetado y uso de organismos modificados genéticamente

queda regulado mediante el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología de 2003, desarrollado a partir del Convenio sobre Diversidad Biológica.

Y sobre la etiqueta ecológica de la Unión Europea son destacables el Reglamento n.º 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la Unión Europea, y la Decisión de la Comisión por la que se crea el Comité de Etiqueta Ecológica de la Unión Europea y el Reglamento interno del mismo.

El sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) se regula por el Reglamento n.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 761/2001 y las decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE.

Por lo que se refiere a la evaluación ambiental, hay que resaltar a nivel comunitario la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación ambiental de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Y a nivel internacional: el Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, hecho en Espoo, en 1991; el Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, firmado en Kiev en 2003, y el Protocolo de Actuación entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Portuguesa de aplicación en las Evaluaciones Ambientales de Planes, Programas y Proyectos con efectos transfronterizos, de 2008.

En materia de productos químicos en el ámbito internacional son destacables el Convenio de Basilea (1989) sobre el control de los movimientos transfronterizos y la eliminación de residuos peligrosos para la salud humana y el medio ambiente (1989), el Convenio de Róterdam (1998) sobre el procedimiento de “consentimiento fundamentado previo” regulador de las importaciones y exportaciones de determinados productos químicos y plaguicidas peligrosos, el Código Internacional de Conducta para la Distribución y Utilización de Plaguicidas (1985), establecido por la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) para mejorar la agricultura y la salud pública en la comunidad internacional en lo relativo a la disponibilidad, reglamentación, comercialización y utilización de pla-

guicidas, y el Enfoque Estratégico para la Gestión de Productos Químicos a Nivel Internacional (2006), de carácter voluntario, y cuyo objetivo es lograr la gestión racional de los productos químicos durante todo su ciclo de vida, de manera que, en 2020, las sustancias químicas se utilicen y produzcan de manera que se tienda a la minimización de sus efectos adversos para la salud humana y el medio ambiente, siguiendo los principios de prevención, precaución y sustitución.

## 4

### Sectores de intervención administrativa y mecanismos de protección del medio ambiente

#### 4.1

#### Las propiedades públicas: aguas, montes, costas: la demanialización de recursos naturales

Si reza el artículo 45.2 CE que “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”, la demanialización es un medio de protección en cuanto mecanismo por el que se acuerda incluir ciertos bienes en el dominio público con base en el artículo 132.2 CE, al establecer que: “Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”. La postura del Tribunal Constitucional se manifiesta en la STC 46/2007, de 1 de marzo, al asegurar que “el ejercicio de la competencia autonómica sobre ordenación del litoral no puede a su vez reducir el contenido de las facultades que corresponden al Estado en cuanto titular del dominio público marítimo-terrestre, entre las que se encuentra la definición de los criterios para determinar los bienes integrantes de dicho dominio público y la delimitación concreta de tales bienes, con el alcance determinado en la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 2 a)”.

Así, este mecanismo de protección lo encontramos en el Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, al prever en su artículo 52 que “el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo, del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa”, siendo los mecanismos de la demania-

lización de los usos y aprovechamientos de los recursos hidráulicos, los usos comunes y privativos, las limitaciones y servidumbres, y las concesiones de aguas. Normativa que debe acompañarse del marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000); la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino, que busca asegurar un uso sostenible de los recursos del medio marino que tenga en consideración el interés general, siendo los instrumentos esenciales de planificación del medio marino las estrategias marinas, que tienen como objetivos: a) Proteger y preservar el medio marino, incluyendo su biodiversidad, evitar su deterioro y recuperar los ecosistemas marinos en las zonas que se hayan visto afectados negativamente; b) prevenir y reducir los vertidos al medio marino, con miras a eliminar progresivamente la contaminación del medio marino, para velar por que no se produzcan impactos o riesgos graves para la biodiversidad marina, los ecosistemas marinos, la salud humana o los usos permitidos del mar; y c) garantizar que las actividades y usos en el medio marino sean compatibles con la preservación de su biodiversidad, añadiendo sobre la naturaleza y régimen del medio marino el artículo 3 que “1. La utilización de las aguas marinas, incluidos el lecho, el subsuelo y los recursos naturales, será libre, pública y gratuita para los usos compatibles con su naturaleza de bien de dominio público, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la Ley 22/1988, y con la preservación de su integridad, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección del medio ambiente en su territorio. 2. Fuera del uso común general descrito en el apartado anterior, no se admitirán sobre el medio marino más derechos de uso, explotación y aprovechamiento que los autorizados en virtud de la legislación sectorial aplicable, que se planificarán de acuerdo con la estrategia de la demarcación marina correspondiente o de manera que sean compatibles con esta”; particularmente sobre las zonas húmedas, señalar el Real Decreto 435/2004, de 12 de marzo, por el que se regula el Inventario nacional de zonas húmedas, y las resoluciones de la Dirección General de Medio Natural y Política Forestal, por la que se incluyen humedales en el Inventario Español de Zonas Húmedas; la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (modificada por la Ley 10/2006, de 28 de abril), que establece en su artículo 12 que “Son de dominio público o demaniales e integran el dominio público forestal: a) Por razones de servicio público, los montes incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública a la entrada en vigor de esta Ley, así como los que se incluyan en él de acuerdo con el artículo 16. b) Los montes comunales, pertenecientes a las entidades locales, en tanto su aprovechamiento corresponda al común de los vecinos. c) Aquellos otros montes que, sin reunir las

características anteriores, hayan sido afectados a un uso o servicio público” (no obstante, el profesor López Ramón<sup>26</sup> afirma que no es seguro que la categoría de dominio público resulte directamente adecuada para las necesidades de defensa y utilización de los montes catalogados, por parecerle la opción demanializadora demasiado simplificadora)<sup>27</sup>; la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, al establecer en su artículo 21: “1. A efectos de lo previsto en el artículo anterior, los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre estarán sujetos a las limitaciones y servidumbres que se determinan en el presente título, prevaleciendo sobre la interposición de cualquier acción. Las servidumbres será imprescriptibles en todo caso. 2. Se exceptúan de esta sujeción los terrenos expresamente declarados de interés para la seguridad y la defensa nacional, conforme a su legislación específica”. Ahora bien, con 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, las concesiones para la ocupación del dominio público marítimo-terrestre pasan a tener un plazo máximo de duración de 75 años, en lugar de los 30 que establecía la Ley de Costas de 1988. En relación con el dominio público marítimo-terrestre, supone, vista su regulación a la luz del derecho reconocido en el artículo 45

26. LÓPEZ RAMÓN, F., “El dominio público forestal”, en BERMEJO VERA, J. (dir. y coord.), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 7.<sup>a</sup> ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 579.

27. Y en materia de política forestal, hay que considerar para los recursos genéticos forestales la siguiente normativa que acompaña a la Ley de Montes: la Ley 30/2006, de 26 de julio, de semillas y plantas de vivero y de recursos filogenéticos; el Real Decreto 1220/2011, por el que se modifica el Real Decreto 289/2003, sobre comercialización de los materiales forestales de reproducción, y el Real Decreto 289/2003, de 7 de marzo, sobre comercialización de los materiales forestales de reproducción.

Por otra parte, el Instrumento de Ratificación del Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, 2006, hecho en Ginebra el 27 de enero de 2006 (BOE n.º 51, de 29 de febrero de 2012), y la Resolución de 28 de julio de 2009, de la Dirección General de Recursos Agrícolas y Ganaderos, por la que se autoriza y publica el Catálogo Nacional de las Regiones de Procedencia relativa a diversas especies forestales.

Sobre incendios forestales, el Real Decreto 893/2013, de 15 de noviembre, por el que se aprueba la Directriz básica de planificación de protección civil de emergencia por incendios forestales; el Real Decreto-ley 11/2005, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de incendios forestales, y la Orden de 3 de agosto de 2001 por la que se fijan las indemnizaciones que correspondan a las personas que sufran accidentes al colaborar en los trabajos de extinción de incendios forestales.

En el campo de la desertificación y restauración forestal, la Orden ARM/2444/2008, de 12 de agosto, por la que se aprueba el Programa de Acción Nacional de Lucha contra la Desertificación en cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación; la Orden de 5 de octubre de 1981 por la que se encomienda al ICONA el desarrollo del proyecto LUCDEME: “Lucha contra la desertificación en el Mediterráneo”, y el Instrumento de ratificación del Convenio de las Naciones Unidas para la lucha contra la desertificación, 1994, hecho en París el 17 de junio de 1994 (BOE n.º 36, de 11 de febrero de 1994).

CE, en opinión del profesor Bermejo Vera<sup>28</sup>, que su intensidad y conservación no significan solamente el respeto y reconocimiento del pasado, sino la generosa visión de las generaciones del presente respecto del futuro. No obstante la encomiable operación “demanizadora” realizada por la Ley de Costas a partir el artículo 132.2 CE, según la STS de 20 de enero de 1993, no es suficiente desde la perspectiva jurídica para eliminar, sin más, los derechos adquiridos. Para asegurar una igualdad básica en el ejercicio del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona en relación con el dominio público marítimo terrestre, y ser respetado el contenido del derecho a la igualdad en materia medioambiental, la jurisprudencia (SSTC de 6 de julio de 2012, y 149/1991, de 4 de julio) se postuló analizando el contenido del artículo 149.1.1 CE en ser imprescindible imponer servidumbres sobre los terrenos colindantes y limitar las facultades dominicales de los propietarios, afectando así, de manera importante, el derecho que garantiza el artículo 33.1 y 2 de la CE. La necesidad de asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de este derecho no quedaría asegurada si el Estado, en uso de la competencia exclusiva que le otorga el artículo 149.1.1, no regulase las condiciones básicas de la propiedad sobre los terrenos colindantes de la zona marítimo-terrestre, una regulación que, naturalmente, no excluye la posibilidad de que, a través de los correspondientes instrumentos de ordenación, las comunidades autónomas condicionen adicionalmente el uso que a esos terrenos puede darse. En materia del derecho minero, en clave comunitaria, mencionar la Directiva 2006/21/CE del Parlamento y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE, así como el Libro Verde: “Hacia una estrategia europea de seguridad del abastecimiento energético” (Comisión Europea, 29 de noviembre de 2000), el Reglamento (CE) n.º 1407/2002, del Consejo, de 23 de julio de 2002, sobre las ayudas estatales a la industria del carbón, y Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, reguladora del régimen jurídico de la investigación y aprovechamiento de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos, cualesquiera que fueren su origen y estado físico, y quedando fuera de su ámbito los hidrocarburos líquidos y gaseosos; Ley que, además de reconocer en su artículo 7 que: “El Estado podrá reservarse zonas de cualquier extensión en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental en las que el aprovechamiento de uno o varios yacimientos minerales y demás recursos geológicos pueda tener especial interés para el desarrollo económico y social o para la defensa nacional”, regula las autori-

28. BERMEJO VERA, J., “El dominio público marítimo”, en BERMEJO VERA, J. (dir. y coord.), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, op. cit., pág. 485.

zaciones de las distintas clases de aprovechamientos, así como los permisos de investigación (artículo 43 y ss.), exploración (artículo 40 y ss.) y explotación (artículo 60 y ss.), tramitándose sin olvidar la prioridad en la protección ambiental señalada por la STS de 17 de mayo de 1999, fijando la exigencia de la necesaria concurrencia de los planes de restauración en el momento de la concesión minera. Así como saber que la autorización minera no supone ni suple la licencia urbanística ni la de actividad clasificada, en su caso (SSTS de 17 de enero de 1997 y 17 de julio de 1995). Y finalmente, para las especies, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, regula la función social y pública del patrimonio natural y la biodiversidad, al reconocer la vinculación con el desarrollo, la salud y el bienestar de las personas, y por su aportación al desarrollo social y económico. Así, su artículo 4 establece que: “Las actividades encaminadas a la consecución de los fines de esta Ley podrán ser declaradas de utilidad pública o interés social, a todos los efectos y en particular a los expropiatorios, respecto de los bienes o derechos que pudieran resultar afectados”. Siendo deberes de los poderes públicos “velar por la conservación y la utilización racional del patrimonio natural en todo el territorio nacional y en las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción española, incluyendo la zona económica exclusiva y la plataforma continental, con independencia de su titularidad o régimen jurídico, teniendo en cuenta especialmente los hábitats amenazados y las especies silvestres en régimen de protección especial” (artículo 5). Estableciéndose las categorías de: a) parques, gestionados en exclusiva por comunidades autónomas, pero formando una red tutelada por el Estado en función de las directrices básicas establecidas en el Plan Director de los Parques Nacionales (STC 101/2005); b) reservas naturales; c) áreas marinas protegidas; d) monumentos naturales; e) paisajes protegidos, en función de los bienes y valores a proteger, y de los objetivos de gestión a cumplir, los espacios naturales protegidos, ya sean terrestres o marinos (artículo 29).

Es doctrina constitucional en materia de puertos (STC 34/2014, de 27 de febrero de 2014) que estos, ya sean de interés general o de competencia autonómica, se ubican o asientan, en todo o en parte, en la superficie física que tiene la consideración de zona marítimo-terrestre, la cual forma parte de los bienes de dominio público de titularidad estatal, por aplicación del artículo 132.2 CE; precepto constitucional que reserva al Estado la regulación por ley de aquellas categorías de bienes que integran el dominio público natural, y le atribuye la titularidad del mismo (STC 227/1988, de 29 de noviembre). En el dominio público marítimo-terrestre se produce, en consecuencia, una concurrencia entre las competencias del Estado y de las comunidades autónomas, las primeras derivadas de la titularidad demanial que al Estado corres-

ponde sobre el espacio físico en que el puerto se sitúa, y las segundas, de los títulos específicos contemplados en los respectivos estatutos de autonomía, que necesariamente se desenvuelven en ese espacio físico. Esa concurrencia competencial fue objeto de explícito reconocimiento por el Tribunal Constitucional, al señalar, en sus SSTC 68/1984, 77/1984, 149/1991 y 198/1991, “la imbricación de titularidades que se produce en los espacios portuarios, que, lo mismo que los aeropuertos, son espacios en los que se llevan a cabo funciones diversas, correspondientes a distintas Administraciones”. Así, por lo que respecta a la competencia estatal, es preciso recordar que “la titularidad pública de un bien no habilita *per se* para el ejercicio de competencias sustantivas que resulten ajenas al ámbito de competencias constitucionalmente delimitado, pues, como ya hemos señalado, ‘tampoco es admisible que la propiedad de un bien faculte a la Administración para realizar actividades que no le corresponden, según el orden constitucional de competencias’”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 58/1982) respalda la idea de que los bienes en mano pública sirven para ejercer las competencias que corresponden a las instituciones centrales del Estado y a las comunidades autónomas. La propiedad pública de un bien es separable del ejercicio de aquellas competencias que lo tienen como soporte natural o físico: la titularidad de un bien no otorga competencias, y las facultades inherentes al dominio sobre un bien solo pueden ser legítimamente utilizadas en atención a los fines públicos que justifican su propiedad pública, y respetando siempre el orden constitucional de competencias (SSTC 227/1988, 149/1991 y 52/1994). En un sentido similar, y en relación con los bienes de dominio público, “la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y [...], en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese aspecto corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad, sin perjuicio de que de esta deriven ciertas facultades” (STC 94/2013, de 23 de abril).

## 4.2

### La técnica evaluatoria

Otro mecanismo de protección es la técnica evaluatoria, que conecta con el carácter bifronte de la protección del medio ambiente –dice el profesor López Ramón<sup>29</sup>–. Por una parte, la tutela del medio ambiente constituye el objeto de

<sup>29</sup>. LÓPEZ RAMÓN, F., “Evaluación de impacto ambiental de proyectos del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n.º 160, enero-abril 2003, pág. 13.

una específica política pública, tan sectorial como las demás, la política ambiental, establecida por la legislación y la planificación ambientales y servida por la correspondiente organización ambiental. De otra parte, la protección del medio ambiente es un objetivo general para todas las políticas públicas, que no pierden por ello sustantividad. Estos mecanismos de protección se acompañan con las previsiones en el sector de la biodiversidad previstas en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (que derogó la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero), con el fin de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (modificada por la Directiva 2014/52/UE, de 16 de abril de 2014), reconociendo con carácter general en su artículo 9.1 que: “Los planes, los programas y los proyectos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley deberán someterse a una evaluación ambiental antes de su adopción, aprobación, autorización, o bien, si procede, en el caso de proyectos, antes de la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa a las que se refiere el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”; cuyas definiciones se recogen en el artículo 5, del que extraemos que evaluación ambiental se define como: “procedimiento administrativo instrumental respecto del de aprobación o de adopción de planes y programas, así como respecto del de autorización de proyectos o, en su caso, respecto de la actividad administrativa de control de los proyectos sometidos a declaración responsable o comunicación previa, a través del cual se analizan los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente de los planes, programas y proyectos”, y que como novedad crea la figura de “los bancos de conservación de la naturaleza”, mecanismo voluntario que permite compensar, reparar o restaurar las pérdidas netas de valores naturales.

Recientemente ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su STC de 5 de febrero de 2015 en relación con el régimen de transferencias hídricas a través del trasvase Tajo-Segura, por no haber contado con el informe preceptivo previsto en el artículo 72.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón, y haberse omitido el preceptivo trámite de audiencia a esta Comunidad Autónoma, procediendo a declarar inconstitucionales y nulas la disposición adicional decimoquinta, la disposición transitoria segunda, la

disposición derogatoria única, apartado tercero, y las disposiciones finales segunda y tercera de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre. Criterio que confirma su postura manifestada en las SSTC 195/2012, de 31 de octubre, y 239/2012 y 240/2012, ambas de 13 de diciembre, al aseverar que, según el contenido del Texto Refundido de la Ley de Aguas, pueda operar como canon de constitucionalidad de la actuación del legislador estatal, “porque lo contrario implicaría aceptar una petrificación rígida del ordenamiento estatal en materia de aguas que no se compadece con la libertad que aquel tiene para decidir entre varias opciones constitucionalmente posibles”.

Manifestación de la repercusión de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, es que modificó la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, o la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, y derogó la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008, o el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental.

Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 11 de febrero de 2015) ha resuelto una petición de decisión prejudicial en relación con la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (Asunto C-531/13), del contexto y del objetivo del punto 14 del anexo I de la Directiva 85/337 sobre el ámbito de aplicación de esta disposición, no comprendiendo las perforaciones de prueba, además de apuntar que la aplicación automática de los criterios establecidos en el punto 14 del anexo I de la Directiva 85/337 a las perforaciones de prueba carecería de sentido, ya que el umbral previsto en esta disposición es de 500 toneladas por día en el caso del petróleo y de 500 000 m<sup>3</sup> por día en el caso del gas natural. Postura corroborada por la sistemática de la Directiva 85/337, pues, según el punto 2, letra d), de su anexo II, puede aplicarse a las perforaciones de prueba, de forma que no todas las perforaciones de prueba quedan excluidas por principio del ámbito de aplicación de esta Directiva.

Siendo su objeto establecer las bases que deben regir la evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, garantizando en todo el territorio del

Estado un elevado nivel de protección ambiental, con el fin de promover un desarrollo sostenible, se asientan los siguientes principios de evaluación ambiental: protección y mejora del medio ambiente, precaución, acción preventiva y cautelar, quien contamina paga, racionalización, simplificación y concertación de los procedimientos de evaluación ambiental, cooperación y coordinación, colaboración entre Administraciones, proporcionalidad entre los efectos sobre el medio ambiente de los planes, programas y proyectos, y el tipo de procedimiento de evaluación, participación pública, desarrollo sostenible, integración de los aspectos ambientales en la toma de decisiones y actuación de acuerdo al mejor conocimiento científico posible.

En clave de la globalización, son resaltados por el profesor Sánchez Barrilao<sup>30</sup> aspectos relativos a los mitos y retos del derecho europeo ante la globalización, extendidos progresivamente al desarrollo tecnológico, a la seguridad internacional a la sombra de un nuevo terrorismo global, y al cambio climático a la luz del constatado calentamiento global, a partir del reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea (12 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009), cuyo artículo 37 reconoce que: “Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”, y de la modificación del Tratado de la Unión Europea por el Tratado de Lisboa para reconocer en su artículo 3.3 que la Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa, basado, entre otros aspectos, en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. En España, por su parte, la sostenibilidad está reconocida en normas con incidencia en el medio ambiente como las señaladas por el profesor Fernández de Gatta Sánchez<sup>31</sup>, a saber: Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación;

30. SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., “Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del derecho constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 12, julio-diciembre 2009.

31. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El régimen de la sostenibilidad medioambiental”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 25, septiembre 2011. Sumándole la regulación reglamentaria de los reales decretos: Real Decreto 416/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el Plan sectorial de turismo de naturaleza y biodiversidad 2014-2020; Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras; Real Decreto 1015/2013, de 20 de diciembre, por el que se modifican los anexos I, II y V de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; Real Decreto 556/2011, para el desarrollo del Inventario Español del Patrimonio Natural y la Biodiversidad; Real Decreto 1274/2011, que aprueba el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017; Real Decreto 1432/2008, por el que se establecen medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en líneas eléctricas de alta tensión, y Real Decreto 1424/2008, que determina la composición y las funciones de la Comisión Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad, dicta las normas que regulan su funcionamiento y establece los comités especializados adscritos a la misma.

Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; Ley 45/2007, de 13 de diciembre, de desarrollo sostenible del medio rural; Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, o Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuyos artículos 77 a 92 regulan los mecanismos para lograr la sostenibilidad medioambiental, en los capítulos “Modelo energético sostenible” (“el modelo de consumo y de generación y distribución de energía debe ser compatible con la normativa y objetivos comunitarios y con los esfuerzos internacionales en la lucha contra el cambio climático”, mediante la elaboración de “un documento de planificación, que establecerá un modelo de generación y distribución de energía”) y “Reducción de emisiones”, haciendo cumplir los compromisos y esfuerzos españoles “en el marco de la distribución que se acuerde en la Unión Europea, para alcanzar el objetivo de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en el año 2020”. Particularmente, el artículo 61.1 y 2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, regula el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras, y la reciente STS de 21 de enero de 2015 consideró que la acreditación científica y técnica de los riesgos de tolerar la especie *Nicotiana glauca* es un elemento fundamental de la inclusión en el Catálogo.

Por su parte, la STC 69/2013 reconoció que la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, “refleja la evolucionada consideración del patrimonio natural y de la biodiversidad como bienes de interés público, categoría que, según la doctrina científica, acoge a aquellos cuyo régimen jurídico, con independencia de su titularidad pública o privada, o incluso de su naturaleza de *res nullius*, queda vinculado al interés general, con la finalidad de garantizar su restauración y conservación, y el derecho de todos a disfrutarlos”. Además, en la STS de 16 de octubre de 2014 los recurrentes alegaban la infracción de la Directiva 92/43/CE y de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, que obliga a aprobar planes y medidas “adecuadas” para las especies y hábitats de interés comunitario objeto de conservación de la Zona de Especial Conservación que sean ajustados a sus requerimientos ecológicos, y poder alcanzar o restaurar un estado de conservación favorable; resolviendo el Tribunal Supremo el anular el decreto autonómico, al no estar debidamente justificados los criterios de zonificación seguidos y el establecimiento de medidas de conservación y de gestión.

Sí debemos, siguiendo al profesor Alonso García<sup>32</sup>, analizar y equilibrar los respectivos grupos normativos, para saber hasta qué punto es o no real

32. ALONSO GARCÍA, E., “La gestión del medio ambiente por las entidades locales”, en MUÑOZ MACHADO, S. (coord.), *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 2003, pág. 1823.

el principio de que los entes inferiores pueden siempre introducir políticas ambientales más protectoras del medio ambiente; la imposición de normas vinculantes de regulación y control, al igual que el fomento público de los mecanismos de autorregulación, corresponden –señala la profesora Lozano Cutanda<sup>33</sup>– hoy fundamentalmente a los Estados, cuyos ordenamientos jurídicos ambientales son “fecundados” por los principios y postulados del derecho internacional ambiental, y los incorporan en mayor o menor medida según sus parámetros sociopolíticos en relación con esta materia. Así, la normativa sectorial, la autonomía municipal y el sistema competencial se deben enmarcar en el reconocimiento del interés prevalente –explicará el profesor Jordano Fraga<sup>34</sup>– una vez analizado el contenido del artículo 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), procediendo la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar perjuicios de difícil o imposible reparación. La constitucionalización de la protección del medio ambiente hace no sea infrecuente la alegación ritual de la afección de intereses ambientales como mecanismo favorecedor de la suspensión. Pero el Tribunal Supremo se ha mostrado implacable con tales maniobras (así, el ATS de 13 de mayo de 1991). Por el contrario, cuando existe un interés público ambiental relevante y digno de protección, el Tribunal Supremo no ha dudado en proclamar su prevalencia en el seno del proceso cautelar, pues, según la línea jurisprudencial, la protección del medio ambiente no constituye un mero interés público singular concurrente, sino que este interés, unido a la presunción de validez y eficacia de los actos administrativos, determina la ejecutividad del acto administrativo que lo impone (Auto de 11 de mayo de 1989). Por su parte, conviene mencionar la integración de aspectos de la noción de sanidad pública dentro del espacio de protección del medio ambiente, y los efectos de esta sobre aquella (STS de 7 de noviembre de 1990, junto al ATS de 11 de mayo de 1989 mencionado, en el que se declaró que el Tribunal se encuentra conminado constitucionalmente a velar por el medio ambiente, lo que supone velar por la salud del artículo 43 CE).

Otros derechos directamente conectados con el mandato dirigido a los poderes públicos de protección del medio ambiente son: el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE, que puede ser violado por contaminación acústica u odori-

33. LOZANO CUTANDA, B., “Eclósión y crisis del derecho ambiental”, *op. cit.*, pág. 387.

34. JORDANO FRAGA, J., “El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS”, *Revista de Administración Pública*, n.º 145, enero-abril 1998, pág. 177.

fera al superar ciertos niveles de tolerabilidad, según criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 9 de diciembre de 1994 –asunto López Ostra– y de 2 de octubre de 2001 –asunto Hatton–, SSTC 119/2001, de 24 de mayo, y 16/2004, de 23 de febrero, y SSTS de 17 de noviembre de 2003 y 12 de noviembre de 2007); el derecho a la vida y a la integridad física y moral reconocido en el artículo 15 CE, si se ve afectado por agresiones a la calidad de vida, como malos olores o ruidos (STS de 13 de octubre de 2008); o que a la luz del artículo 9.2 CE se habilitarán medios de intervención administrativa frente a la contaminación en base al artículo 43 CE, reconocedor del derecho a la protección de la salud, o el artículo 47, regulador del derecho a una vivienda digna y adecuada, que recibe desarrollo, entre otras normas, en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio [artículo 4.a)].

Así, como ejemplos jurisprudenciales, tenemos el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaró aplicable el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”, en el asunto Poweel y Rayner contra Reino Unido (Sentencia de 21 de febrero de 1990, al manifestar que “el ruido de los aviones en el aeropuerto de Heathrow disminuyó la calidad de la vida privada y el encanto del hogar”). En el asunto Guerra y otros contra Italia (Sentencia de 19 de febrero de 1998), el Tribunal señaló que “la incidencia directa de las emisiones de sustancias nocivas sobre el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar permitía concluir con la aplicación del artículo 8”. Para el Tribunal, el Convenio trata de proteger los “derecho concretos y efectivos”, y no “teóricos o ilusorios” (Papamichalopoulos y otros contra Grecia, Sentencia de 24 de junio de 1993). Esta doctrina ha sido recogida por nuestro Tribunal Constitucional, para quien se reconoce la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular (SSTC 120/1990, de 27 de junio, 215/1994, de 14 de julio, y 35/1996, de 11 de marzo).

Para el profesor López Ramón<sup>35</sup>, junto a las tradicionales técnicas jurídico-civiles y administrativas de defensa frente a las actividades molestas, existen las modernas medidas de lucha contra el ruido, como las habidas en las actividades conflictivas como el tráfico aéreo (TEDH, casos Arrondelle, Baggs, Rees y Powell y Rayner), tráfico automóvil (así, el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, atribuye a los municipios amplias competencias en las vías urbanas, para “la ordenación y el control del tráfico”, “la regulación de los usos”, e incluso para “el cierre de las vías urbanas cuando sea necesario”) y actividades de ocio (así, el ATS de 12 de mayo de 1989 denegó la suspensión de una licencia de apertura de local, pues “no aparece acreditado que las molestias que dicen sufrir los vecinos de las comunidades de propietarios apelantes sean consecuencia directa de las actividades llevadas a cabo en el local de autos, o lo sean, por el contrario, de las aglomeraciones de las personas y vehículos que se forman en la vía pública, en las inmediaciones del local, cuestión ésta de policía urbana”).

### 4.3

#### La protección del medio ambiente en las normas sectoriales

Para delimitar las competencias municipales<sup>36</sup> sobre la protección del medio ambiente hay que tener en cuenta diversas normas sectoriales, que serán analizadas a través de la limitación al ejercicio de las potestades administrativas sobre estos sectores a la luz de su regulación, y los pronunciamientos jurisprudenciales en las siguientes materias:

- atmósfera y calidad del aire;
- biotecnología;
- ecosistema: vías pecuarias;
- residuos;
- suelos contaminados;
- responsabilidad medioambiental.

35. LÓPEZ RAMÓN, F., “La ordenación del ruido”, *Revista de Administración Pública*, n.º 157, enero-abril 2002, págs. 27-56.

36. ALONSO MÁS, M.ª J., “Las competencias municipales: protección del medio ambiente”, en DOMINGO ZABALLOS, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, págs. 447 a 458.

### 4.3.1 Atmósfera y calidad del aire

Se regula en la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, existiendo estaciones aisladas de medición de la contaminación atmosférica en los Estados miembros, y el Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire, regulador de la información que ha de suministrarse y de los mecanismos para cumplir la Decisión 2004/461/CE, relativa al cuestionario que debe utilizarse para presentar información anual sobre la evaluación de la calidad del aire ambiente, de conformidad con las directivas 96/62/CE y 1999/30/CE del Consejo y con las directivas 2000/69/CE y 2002/3/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, y el Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación. Esta Ley 34/2007, de 15 de noviembre (artículo 26), prevé el control e inspección, al reconocer que “las comunidades autónomas y, en su caso, las entidades locales serán las competentes para adoptar las medidas de inspección necesarias para garantizar el cumplimiento de esta ley”; además, deberán velar por el cumplimiento de las obligaciones que señala el artículo 7 por los titulares de instalaciones donde se desarrollen actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera. En esta materia rige el principio de la responsabilidad internacional, resultando paradigmático, como señala el profesor López Ramón<sup>37</sup>, el caso “Trail” por daños promovidos en el territorio de EE. UU. por contaminación procedente de una fundición de cinc y plomo situada en Canadá (sentencia del Tribunal arbitral de 11 de marzo de 1941). Por otra parte, debemos reseñar el Convenio para la protección de la capa de ozono (Viena, 1985), que sentó las bases para una cooperación sistemática a nivel mundial, logrando, según el profesor López Ramón, un rápido proceso de reacción internacional ante la alarma producida por la disminución de la capa de ozono, y que permitió sentar unas reglas organizativas y procedimentales para posteriormente adoptar medidas eficaces en defensa del ozono atmosférico. A nivel de la regulación comunitaria han sido dictadas directivas que sientan estándares de calidad del aire en relación con determinados contaminantes: dióxido de azufre y partículas en suspensión (directivas 80/779 y 89/427); plomo (Directiva 82/884); dióxido de nitrógeno (Directiva 85/203), y ozono

37. LÓPEZ RAMÓN, F., “Régimen jurídico de la protección del aire”, en ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 287.

(Directiva 92/72). Y la normativa relativa a sustancias agotadoras de la capa de ozono, como el Real Decreto 795/2010, de 16 de junio, por el que se regula la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, así como la certificación de los profesionales que los utilizan.

La calidad de la atmósfera y del aire nos lleva también a conocer la regulación de los compuestos orgánicos volátiles mediante el Real Decreto 227/2006, por el que se complementa el régimen jurídico sobre la limitación de las emisiones de COV en determinadas pinturas y barnices y en los productos de renovación del acabado de vehículos. En él se establecen una serie de requisitos exigibles para la comercialización de dichos productos. En particular, el contenido máximo de COV en su composición, que ha de alcanzarse, en una primera fase, antes del 1 de enero de 2007, y en una fase posterior, antes del 1 de enero de 2010. Además, impone la obligación de llevar una etiqueta indicando el tipo de producto y el contenido máximo de COV. También hay que mencionar que la transposición de las modificaciones introducidas por la Directiva 2010/75/UE se ha realizado modificando el Real Decreto 117/2003 mediante la disposición final segunda del Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre. Por último, existen tres reales decretos que regulan las emisiones de COV de las gasolineras: el Real Decreto 2102/1996, de 20 de septiembre, sobre el control de emisiones de COV resultantes de almacenamiento y distribución de gasolineras desde las terminales a las estaciones de servicio; el Real Decreto 1437/2002, de 27 de diciembre, por el que se adecuan las cisternas de gasolina al Real Decreto 2102/1996, y el Real Decreto 455/2012, de 5 de marzo, por el que se establecen las medidas destinadas a reducir la cantidad de vapores de gasolina emitidos a la atmósfera durante el repostaje de los vehículos de motor en las estaciones de servicio.

Y para los gases fluorados: Real Decreto 795/2010, de 16 de junio, por el que se regula la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, así como la certificación de los profesionales que los utilizan, que complementa la reglamentación existente en esta materia y cuyo objetivo es minimizar las emisiones de fluidos organohalogenados. La norma, además, establece una serie de medidas adicionales que desarrollan la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, en lo que se refiere al control de las emisiones.

Para analizar la debida protección administrativa de la salud de los ciudadanos frente a la contaminación acústica, hay que mencionar las potestades administrativas para el cumplimiento de la protección medioambiental en materia de ruido prevista en Ley 37/2003, de 17 de noviembre, pues su artículo 17 reconoce que: “La planificación y el ejercicio de competencias estatales, generales o sectoriales, que incidan en la ordenación del territorio,

la planificación general territorial, así como el planeamiento urbanístico, deberán tener en cuenta las previsiones establecidas en esta Ley, en las normas dictadas en su desarrollo y en las actuaciones administrativas realizadas en ejecución de aquellas”; mientras que regula la intervención administrativa sobre los emisores acústicos en su artículo 18, al establecer: “1. Las Administraciones Públicas competentes aplicarán, en relación con la contaminación acústica producida o susceptible de producirse por los emisores acústicos, las previsiones contenidas en esta Ley y en sus normas de desarrollo en cualesquiera actuaciones previstas en la normativa ambiental aplicable y, en particular, en las siguientes: a) En las actuaciones relativas al otorgamiento de la autorización ambiental integrada. b) En las actuaciones relativas a la evaluación de impacto ambiental u otras figuras de evaluación ambiental previstas en la normativa autonómica. c) En las actuaciones relativas a la intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos que establezcan las Administraciones competentes sobre actividades clasificadas como molestas insalubres, nocivas y peligrosas. d) En el resto de actuaciones que habiliten para el ejercicio de actividades o la instalación y funcionamiento de equipos y máquinas susceptibles de producir contaminación acústica. [...] 4. Ninguna instalación, construcción, modificación, ampliación o traslado de cualquier tipo de emisor acústico podrá ser autorizado, aprobado o permitido su funcionamiento por la Administración competente, si se incumple lo previsto en esta Ley y en sus normas de desarrollo en materia de contaminación acústica”. En clave penal, el Tribunal Supremo aplicó el artículo 325.1 del Código Penal a los casos de emisión de ruidos (SSTS de 19 de octubre de 2006, 7 de febrero de 2007, 27 de abril de 2007, 20 de junio de 2007 y 16 de junio de 2009). Por tanto, existen criterios jurisprudenciales consolidados –en consideración del profesor García Álvarez<sup>38</sup>– de acuerdo con los cuales la “contaminación acústica” es una forma más de contaminación ambiental de entre las que se tipifican en el Código Penal, y puede ser considerada ilícito penal cuando tenga entidad suficiente. Sin embargo, debe señalarse que se está utilizando un tipo delictivo cuyo objeto es la protección de los recursos naturales y el medio ambiente para defender un bien jurídico distinto, como sería el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Asimismo, la STS de 17 de diciembre de 2014 consideró probada la comisión del delito contra el medio ambiente provocado por las constantes y persistentes emisiones sonoras, tanto musicales como de los elementos de juego instalados –billar y fútbol–, en un bar, transmitiéndose el ruido generado por su actividad a las viviendas

38. GARCÍA ÁLVAREZ, G., “La evolución del régimen jurídico del ruido”, *Revista de Administración Pública*, n.º 186, septiembre-diciembre 2011, pág. 397.

inmediatamente superiores al mismo, y ocasionando a varios de los vecinos del inmueble graves quebrantos en su salud.

Acompañan a la Ley del Ruido, desarrollándola, el Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre, en lo referente a la evaluación y gestión del ruido ambiental; el Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas; la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, o el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre, por el que se aprueba el documento básico “DB-HR Protección frente al ruido” del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. Así como, en materia de actividades molestas y aparatos ruidosos, los artículos 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal y 27.2.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos; el Real Decreto 286/2006 sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido, y el Real Decreto 213/1992 por el que se regulan las especificaciones sobre el ruido en el etiquetado de los aparatos de uso doméstico.

La jurisprudencia constitucional reflejada en la STC 119/2001, de 24 de mayo, prevé “la conveniencia de hablar de un triple escalón de protección constitucional que, en sentido descendente, iría desde el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) hasta el derecho al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1 CE), pasando por el derecho a la intimidad domiciliaria (art. 18 CE)”, y también que “el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) queda afectado por la saturación acústica, que atenta contra la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), tanto dentro como fuera del domicilio”. En las SSTC 119/2001 y 16/2004, de 23 de febrero, la postura del supremo intérprete de la Constitución en materia de ruido y su afeción a otros derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y moral fue que, “cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE”. Por su parte, “el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2). Respecto del primero de estos derechos fundamentales ya hemos

advertido en el anterior fundamento jurídico que este Tribunal ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 137/1985, de 17 de octubre, y 94/1999, de 31 de mayo). Teniendo esto presente, podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida” (STC 150/2011, de 29 de septiembre de 2011).

También la STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2014 ya apuntó que la Ley 37/2003 atribuye a los ayuntamientos un conjunto de potestades esenciales en el ejercicio de la protección de la contaminación acústica, y, entre ellas, la aprobación de las ordenanzas locales en desarrollo del objeto de la Ley (artículo 6), la creación de nuevas infracciones y sanciones además de las ya previstas en la norma (artículo 28), o las facultades de imposición de las sanciones, con carácter general, ante emisiones que superen los límites establecidos por las normas (artículo 30). Por ello, la jurisprudencia ha venido experimentando en la última década un importante cambio cualitativo en favor de la protección de los ciudadanos frente a la contaminación acústica; cambio que se ha ido materializando en un mayor número de condenas a las Administraciones Públicas, basadas, fundamentalmente, en la falta de eficacia de la actividad desarrollada por estas para impedir la emisión de una contaminación sonora que perjudica el derecho de los ciudadanos a su intimidad y al descanso. Desde dichos postulados, se reconoce la prevalencia del interés general en el mantenimiento del medio ambiente frente al particular del titular de la actividad incumplidora, y, teniendo en cuenta lo razonado, debe accederse al cese y suspensión de la actividad hasta tanto no se acredite mediante las mediciones acústicas pertinentes que dicha actividad resulta ser conforme con los valores límites de inmisión de ruido contenidos en el Real Decreto 1367/2007, debiendo recordar a la Administración municipal la obligación constitucional que tiene de ejercer todas aquellas potestades, reconocidas por el ordenamiento jurídico, encaminadas o dirigidas a la protección de la contaminación acústica.

También es esclarecedor el pronunciamiento del TSJ de Castilla y León (STSJ de 28 de noviembre de 2014), para quien la violación del domicilio se puede producir sin necesidad de entrar físicamente en el domicilio. Al analizar si hay vulneración del artículo 18 CE, debe interpretarse el precepto conforme al contenido de la Constitución y la interpretación que de la misma ha hecho el Tribunal Constitucional. Ello indudablemente determina que los equipos de medida en ningún caso pueden permitir no ya que se graben, sino ni siquiera que se escuchen las posibles conversaciones que en el interior del establecimiento puedan tener lugar, puesto que estos equipos de medición tienen como finalidad la medición del ruido, aislamiento o vibraciones, pero en ningún caso la escucha de conversaciones, y mucho menos la grabación de las mismas. En ningún caso nos encontramos ante el supuesto contemplado por las sentencias a que se refiere la parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencias 304/2011, 206/2011 y 307/2011). Además, la STS de 28 de octubre de 2014 consideró que el alcance de la Ley 37/2003 es comprensivo tanto del ruido propiamente dicho, perceptible en forma de sonido, como de las vibraciones; y tanto uno como otras se incluyen en el concepto de “contaminación acústica”, cuya prevención, vigilancia y reducción constituyen su objetivo: establece en su artículo 6, de una parte, que corresponde a los ayuntamientos aprobar ordenanzas en relación con la materia objeto de la misma, y, de otra, que dichas corporaciones deberán adaptar las ordenanzas existentes, y el planeamiento urbanístico, a las disposiciones de esta Ley y de sus normas de desarrollo.

Finalmente, señalar que la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de mayo de 2013 habilita a que pueda exigirse en todo momento a la Administración municipal el control efectivo de que la emisión de ruido no sobrepase el límite establecido por la norma de aplicación, como impone la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, de Ruido, artículos 11, 18 y concordantes, lo que supone el deber del ayuntamiento de ejercitar sus potestades administrativas (incluida la sancionadora) para preservar los derechos de los vecinos, incluido el de la intimidad personal y familiar protegida por la Constitución, artículos 15 y 18.1 y 2 (SSTS de 3 de julio de 2008 o de 12 de noviembre de 2007).

### 4.3.2 Biotecnología

En este sector conviene considerar la regulación contenida en la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modifi-

cados genéticamente, y su desarrollo previsto en el Real Decreto 178/2004, de 30 de enero (modificado por el Real Decreto 191/2013, de 15 de marzo, y este por el Texto consolidado del Real Decreto 178/2004). Además del Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo, de modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio.

### 4.3.3

#### Ecosistema: vías pecuarias

En relación con las vías pecuarias, señalar la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias, a la luz de la previsión constitucional del artículo 149.1.23.<sup>a</sup> CE, al establecer la normativa básica aplicable a las vías pecuarias, siendo la actuación de las comunidades autónomas sobre las vías pecuarias perseguir los siguientes fines, entre otros [artículo 3.1.d)]: “asegurar la adecuada conservación de las vías pecuarias, así como de otros elementos ambientales o culturalmente valiosos, directamente vinculados a ellas, mediante la adopción de las medidas de protección y restauración necesarias”. Y en cuanto al reparto competencial, todos los estatutos de autonomía –apunta Guedea Martín<sup>39</sup>– atribuyen a las comunidades autónomas competencias sobre las vías pecuarias, debiendo ser calificadas como competencias compartidas, pues al Estado corresponde la legislación básica en la materia. Diferenciando modelos de tratamiento de su régimen jurídico en las comunidades autónomas que aprobaron su propia Ley de vías pecuarias (Madrid o Castilla-La Mancha), las que han aprobado un reglamento (Andalucía y Extremadura), y las que tienen una regulación parcial (Castilla y León o la Comunidad Valenciana).

Entre las potestades reconocidas a la Administración sobre las vías pecuarias se encuentra el deslinde, como acto administrativo por el que se definen los límites de las vías pecuarias de conformidad con lo establecido en el acto de la clasificación (artículo 8), declarando la jurisprudencia la caducidad de los expedientes de deslindes de vías pecuarias (SSTS de 28 de enero de 2009, 25 de mayo de 2009, 11 de mayo de 2009, 29 de abril de 2009 y 26 de mayo de 2010). La *ratio decidendi* para estimar aplicable la caducidad a los

39. GUEDEA MARTÍN, M., “El dominio público viario”, en BERMEJO VERA, J. (dir. y coord.), *Derecho Administrativo. Parte Especial, op. cit.*, 7.<sup>a</sup> ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 562.

procedimientos de deslinde de vías pecuarias es también predicable para los procedimientos de clasificación, si cabe con mayor motivo, dados los efectos del acto clasificatorio, que determina los aspectos esenciales de la vía –existencia, anchura y trazado, según dispone el artículo 7 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias– y su vinculación respecto del posterior acto de deslinde –cuya finalidad es concretar en la realidad los límites de las vías pecuarias de conformidad con lo establecido en el acto de clasificación–, al tratarse de acto susceptible de producir efectos desfavorables (STS de 31 de enero de 2012). A lo que podemos añadir que, respecto de la vinculación del acto de deslinde a la clasificación, al impugnar el acto de deslinde no cabe atacar el acto de clasificación, pues, según el artículo 8.1 de la Ley 3/1995 de vías pecuarias, el deslinde define los límites de las vías pecuarias “de conformidad con lo establecido en el acto de la clasificación”, luego la clasificación condiciona el deslinde, y no cabe que impugnado este se discuta la efectiva existencia y el contenido de la clasificación y que el deslinde está subordinado al acto de clasificación (SSTS de 9 de julio de 2013 y 30 de junio de 2014).

Y, relacionado con la materia de los parques nacionales, la disposición adicional tercera reconoce que: “El uso que se dé a las vías pecuarias o a los tramos de las mismas que atraviesen el terreno ocupado por un parque o una reserva natural estará determinado por el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y, además, en el caso de los parques, por el Plan Rector de uso y gestión, aunque siempre se asegurará el mantenimiento de la integridad superficial de las vías, la idoneidad de los itinerarios, de los trazados, junto con la continuidad del tránsito ganadero y de los demás usos compatibles y complementarios de aquel”.

#### 4.3.4 Residuos

Materia regulada en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, y en su desarrollo y ejecución reglamentarios por el Real Decreto 782/1998, de 30 de abril, modificado por el Real Decreto 252/2006, de 3 de marzo, por el que se revisan los objetivos de reciclado y valorización establecidos en la Ley 11/1997, de 24 de abril, y el reciente Real Decreto 110/2015, de 20 de febrero, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos. En cuanto a la Ley 11/1997, de 24 de abril, en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, quedaron derogados su capítulo VII sobre régimen sancionador y la disposición adicional quinta.

En materia de residuos (STC 192/2014, de 20 de noviembre de 2014) es necesario subrayar que la Ley estatal 10/1998, de 21 de abril, no se encuentra ya en vigor, dado que la disposición derogatoria única de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, procedió a su expresa derogación, siendo por tanto esta última la que habrá de tomarse en consideración de conformidad con nuestra consolidada doctrina (SSTC 1/2003, de 16 de enero; 44/2007, de 1 de marzo, o 82/2012, de 18 de abril), que ha declarado que “la normativa estatal a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión por parte de este Tribunal”. La normativa estatal referida se completa con el ya citado Real Decreto 9/2005, que, aun aprobado en desarrollo de la Ley 10/1998, mantiene todavía su vigencia, toda vez que la nueva Ley no ha afectado a la materia que regulaba la anterior y tampoco ha sido aquel expresamente derogado. Y reglamentariamente tenemos el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.

Procediendo a resolver la correcta interpretación del artículo 5.4 de la Ley estatal 10/1998, de Residuos, la STS de 16 de enero de 2015 la consideró aplicable al caso enjuiciado, aunque ha sido derogada y sustituida hoy por la Ley 22/2011, de 28 de julio, afirmando: “La sentencia recurrida, [...] ha declarado la nulidad del apartado 9.2.1 del Plan Regional de ámbito sectorial de residuos industriales de Castilla y León 2006-2010, en cuanto no establece la ubicación de los centros de eliminación de residuos. Fundamenta su decisión la sentencia de instancia en que ha infringido el artículo 5.5 de la Ley estatal 10/1998 en el inciso en el que dispone que los planes autonómicos de residuos contendrán ciertas determinaciones, así como los lugares e instalaciones apropiados para la eliminación de residuos. Es pertinente determinar la interpretación de este inciso de la Ley 10/1998 recurriendo a las normas del derecho de la Unión, de las que trae causa y con las que guarda una conexión necesaria. El inciso que se ha transcrito ha servido, en efecto, para adaptar nuestro ordenamiento al artículo 7 de la Directiva 91/156/ CEE, del Consejo de 18 de marzo de 1991 que atribuye a la autoridad o autoridades competentes la obligación de establecer, tan pronto como fuere posible, planes de gestión de residuos que se debían referir en particular a ‘los lugares o instalaciones apropiados para la eliminación’. Y procede también interpretar el artículo 5.4 de la Ley 10/1998 en el sentido en el que ha sido aclarada la interpretación del artículo 7 de la Directiva 91/156/CEE por la STJUE de 1 de abril de 2004. De acuerdo con el Tribu-

nal de Justicia, los planes de gestión deben prever criterios de localización espacial o geográfica de los lugares de eliminación de residuos y por ello han de incluir un mapa que señale el emplazamiento concreto que se dará a los lugares de eliminación de residuos o unos criterios de localización suficientemente precisos para que la autoridad competente para expedir una autorización con arreglo al artículo 9 de la Directiva 91/156/CEE pueda determinar si el lugar o la instalación de que se trata está incluido en el marco de la gestión prevista por el plan [...]” (FJ 5).

A lo que añadir que, mediante la Ley 5/2013, de 11 de junio, se ha modificado la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, resultando que el artículo 27.8 establecerá: “Las autorizaciones previstas en este artículo se concederán por un plazo máximo de 8 años, pasado el cual se renovarán automáticamente por períodos sucesivos, con excepción de las autorizaciones otorgadas a las instalaciones a las que resulte de aplicación de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, cuyo plazo de vigencia coincidirá con el de la autorización ambiental integrada. Todas las autorizaciones se inscribirán por la comunidad autónoma en el registro de producción y gestión de residuos”<sup>40</sup>. Mientras que la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C551/13, analizando el artículo 4.1 de la Directiva 2008/98, que establece la jerarquía de residuos tal como debe servir de orden de prioridades en la legislación y la política sobre la prevención y la gestión de los residuos, no permite inferir que sea necesario dar la prioridad a un sistema que permita a los productores de residuos eliminarlos por sí mismos. Por el contrario, la eliminación de los residuos solo aparece en último lugar de la citada jerarquía. La interpretación en el sentido de que el artículo 15.1 de esta Directiva reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados miembros, y no obliga a estos a permitir al productor inicial de residuos o al poseedor de residuos llevar a cabo por sí mismo la eliminación de los residuos, es por otra parte la única que permite tener válidamente en cuenta la circunstancia, mencionada en el considerando 41 de la Directiva 2008/98, de que los citados Estados miembros abordan de modo diferente la recogida de los residuos, y el hecho de que sus sistemas de recogida de residuos son sensiblemente divergentes. Mientras que la STJUE (Gran Sala) de 2 de diciembre de 2014 (asunto C-196/139) declaró que la

40. CASADO CASADO, L. y FUENTES I GASÓ, J. R., “La inspección ambiental en la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, de emisiones industriales, y en la normativa española de transposición”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 97, 2013, págs. 310 a 316.

degradación del medio ambiente es inherente a la presencia de residuos en un vertedero, sin importar la naturaleza de los residuos de que se trate, y que el mero hecho de cerrar un vertedero o de recubrir los residuos con tierra y escombros no puede bastar para considerar cumplidas las obligaciones que establece, en particular, el artículo 4 de la Directiva 75/442, desestimando la alegación (de Italia) según la cual las medidas de cierre y de seguridad de los emplazamientos bastan para atenerse a las exigencias establecidas en el artículo 4 de la Directiva 75/442. Por el contrario, un Estado miembro está también obligado, en virtud de ese artículo 4, a comprobar la necesidad de sanear los antiguos emplazamientos ilegales y, en su caso, sanearlos.

### 4.3.5 Responsabilidad medioambiental

En este sector, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, ha instaurado un régimen administrativo de responsabilidad medioambiental de carácter objetivo e ilimitado, basado en los principios de “prevención de daños” y de que “quien contamina, paga”. Razón por la que el profesor López Ramón considerará<sup>41</sup> que la casuística de la responsabilidad por daños demuestra el progresivo avance en el valor preventivo de la institución, para lograr el cese de la actividad y predominar los expedientes de imputación objetiva, a la luz de criterios jurisprudenciales (STS Penal de 30 de noviembre de 1990) que niegan el carácter de causa de justificación a los actos administrativos autorizatorios de la contaminación. Además, la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia de 4 de diciembre de 2014) aclaró que la idoneidad o naturaleza de tipo de aptitud implica que la realización solo será típica si la extracción irregular de los gases refrigerantes de los circuitos y de las espumas aislantes de los frigoríficos ha devenido peligrosa para el bien jurídico protegido. Si a pesar de haber realizado tales actuaciones no autorizadas el objeto material no es potencialmente capaz de poner en peligro el medio ambiente, el hecho no será típico, sin perjuicio de que, en su caso, se pueda imponer una sanción administrativa.

De los espacios protegidos, apuntar el Convenio de Ramsar en España, convenio relativo a humedales de importancia internacional, especialmente

---

41. LÓPEZ RAMÓN, F., “Régimen jurídico de la protección del aire”, *op. cit.*, pág. 293.

como hábitat de aves acuáticas (Ramsar, 1971), y el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, que reconoce medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (Real Decreto 1193/1998, de 12 de junio. Modifica el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre).

Hoy, en materia de parques nacionales, tenemos la regulación de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales<sup>42</sup>, que incluye mecanismos de control medioambiental, como que “no puede existir suelo susceptible de transformación urbanística ni suelo urbanizado en la superficie propuesta para incluirse en un parque nacional” (artículo 6.2), y que “el suelo objeto de la declaración de parque nacional no podrá ser susceptible de urbanización ni edificación, sin perjuicio de lo que determine el plan rector de uso y gestión en cuanto a las instalaciones precisas para garantizar su gestión y contribuir al mejor cumplimiento de los objetivos del parque nacional” (artículo 7.6). Además, en cuanto al procedimiento de declaración de los parques nacionales (artículo 8), la declaración de los parques nacionales se hace por ley de las Cortes Generales, y se identifica una concurrencia de voluntades de Estado y comunidades autónomas. Una novedad radica en que la iniciativa ha de ser necesariamente conjunta (“la iniciativa se formalizará mediante la aprobación inicial de una propuesta conjunta por el Consejo de Ministros y por el órgano correspondiente de las comunidades autónomas”). Y el artículo 13 regula la declaración de emergencia en caso de catástrofe medioambiental, atribuyendo al ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente tal declaración, bien por propia iniciativa, o de las comunidades autónomas, y en cualquiera de los casos con comunicación al Consejo de la Red Parques Nacionales.

## 5

### Los ciudadanos en los mecanismos de protección medioambiental

La protección del medio ambiente se abre a los ciudadanos, no en vía de amparo, pero sí en las vías civil y penal (STS de 24 de mayo de 1980), sin olvidar que la jurisprudencia de Tribunal Constitucional (SSTC 241/1992, 34/1994 y 50/1998) consideró que las personas físicas y jurídicas están legitimadas para mostrarse parte en el proceso penal como acusadores populares. Además, la información al ciudadano sobre las actividades de la Administración, y sobre los datos y documentos que esta posee y que pueden afectar a sus derechos e

42. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Las diez claves de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales”, *Noticias Jurídicas*, Actualidad, diciembre 2014.

intereses legítimos o a las condiciones en que se desenvuelve su vida, es, asevera el profesor Sánchez Morón<sup>43</sup>, una exigencia elemental del Estado democrático de derecho, que con carácter general se reconoce en los artículos 105 b) CE y 35 LRJPAC, y que se concreta en el sector medioambiental reforzando los derechos de los ciudadanos como afectados por las decisiones medioambientales a adoptar por las autoridades públicas, incorporando las directivas comunitarias 2003/4/CE y 2003/35/CE en 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, con la finalidad de regular los siguientes derechos: acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o de otros sujetos que la posean en su nombre; participar en los procedimientos para la toma de decisiones sobre asuntos que incidan directa o indirectamente en el medio ambiente, y cuya elaboración o aprobación corresponda a las Administraciones Públicas, e instar la revisión administrativa y judicial de los actos y omisiones imputables a cualquiera de las autoridades públicas [entre las que se encuentra la Administración local –artículo 2.4.1) Ley 27/2006–] que supongan vulneraciones de la normativa medioambiental, así como para garantizar igualmente la difusión y puesta a disposición del público de la información ambiental, de manera paulatina y con el grado de amplitud, de sistemática y de tecnología lo más amplio posible (artículo 1 Ley 27/2006), pues si el derecho ambiental es un sector puntero en lo que se refiere a la difusión y el acceso a la información –en palabras de la profesora Lozano Cutanda<sup>44</sup>–, la defensa del medio ambiente en cuanto bien jurídico se configura, en la actualidad, como uno de los ámbitos en los que se da una manifestación más intensa del principio de participación ciudadana que, con carácter general, consagra el artículo 9.2 CE. Así, en la defensa judicial del medio ambiente, una comprensible defensa de la protección medioambiental hoy es idea comúnmente aceptada –asegura el profesor Baño León<sup>45</sup>–, pero esta realidad no debería llevarnos a afirmaciones absolutas, pues dicha protección depende básicamente de una adecuada ponderación de los distintos intereses en presencia, y esta es labor, ante todo, de los poderes normativos y de la Administración.

Y finalmente mencionar el mecanismo de la “acción popular” prevista en el artículo 19.1.h) LJCA y que la mayor parte de nuestras leyes sectoriales

43. SÁNCHEZ MORÓN, M., “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”, *Revista de Administración Pública*, n.º 137, mayo-agosto 1995, págs. 31 y 41.

44. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, 8.ª ed., Dickinson, Madrid, 2007, págs. 213 y ss.

45. BAÑO LEÓN, J. M.ª, “La tutela judicial del medio ambiente”, en ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, *op. cit.*, pág. 618.

tradicionalmente denominan “acción pública”. Visto el contenido del artículo 19.1.a) LJCA, todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación del recurso, tiene que ser un interés personal o individual, y no puede confundirse (SSTS de 17 de julio de 1991 y 18 de noviembre de 1993) con el mero interés por la legalidad. Así, se puede señalar este reconocimiento de la acción pública en la Ley del Tribunal de Cuentas, Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (artículo 47); la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales (artículo 39); 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 Protección, Utilización y Policía 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); la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (artículo 8.2); y el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo [artículo 4 f)]. O la previsión de esta acción en normas autonómicas<sup>46</sup>, como la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de Murcia (artículo 6); la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León (artículo 88); y la Ley 6/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Prevención, Calidad y Control Ambiental de Actividades en la Comunitat Valenciana (artículo 103).

## 6

### Conclusiones

En la sociedad actual se tiene la convicción de la necesidad de que ciertos bienes jurídicos sean garantizados y protegidos por los poderes públicos, toda vez que el ocio es elemento permanente para cuyo uso y disfrute el medio ambiente es factor elemental.

Este sector del ordenamiento jurídico, desde hace años ha merecido cuidado y regulación normativa, y es muestra de lo dicho la diversidad de regulaciones vigentes en todos los sectores de intervención administrativa, desde organismos internacionales a municipios, pasando por la Unión Europea, el Estado y las comunidades autónomas, así como amplio es el objeto de nues-

46. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, op. cit., págs. 257-258.

tro estudio, por encontrarse interrelacionado con multitud de derechos y ser variadísimas sus modalidades de regulación administrativa.

Queda por inculcar la necesidad de su respeto para el desarrollo adecuado de la sociedad (por la importancia social que tiene la conservación del entorno), junto a la preocupación por su destrucción, a lo que no puede ser ajena ninguna Administración, al saberse que el medio ambiente es campo de actuación en el que derechos como la dignidad de la persona y la calidad de vida del ciudadano se conectan con “el derecho inalienable a habitar en un entorno de acuerdo con sus características culturales” (STC 102/1995).

# Las centrales de contratación provinciales<sup>1</sup>

JESÚS COLÁS TENAS<sup>2</sup>

*Oficial mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza*

- 1. Reflexiones previas**
- 2. Antecedentes, regulación actual y finalidad de las centrales de contratación**
  - 2.1. Antecedentes y regulación actual
  - 2.2. Finalidad y función de las centrales de contratación
- 3. Las diputaciones provinciales como titulares de centrales de contratación**
  - 3.1. La atribución de competencias a las diputaciones provinciales en materia de centrales de contratación
  - 3.2. La atribución de competencias a las asociaciones de municipios
  - 3.3. Las centrales de contratación y las competencias de asistencia y cooperación con los municipios
- 4. La creación de las centrales de contratación y el procedimiento de integración o adhesión de los municipios**

---

*Artículo recibido el 24/03/2015; aceptado el 27/05/2015.*

1. Abreviaturas, siglas y acrónimos: BOTHA: Boletín Oficial Territorio Histórico de Álava; FEMP: Federación Española de Municipios y Provincias; JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; JCCA Aragón: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; JCCA Baleares: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Baleares; JCCA Cataluña: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña; LAULA: Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía; LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; núm.: número; PCAP: pliego de cláusulas administrativas particulares; PPT: pliego de prescripciones técnicas; TRLCAP: 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; TRLCSP: 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; *vid.: videtur* (véase).

2. Ponencia presentada en la *Jornada sobre Centrales de Contratación en las Diputaciones Provinciales*, celebrada el lunes 30 de marzo de 2015, en el salón de actos del Museo Arqueológico Provincial de Alicante (MARQ), organizada por la Fundación Democracia y Gobierno Local y la Diputación Provincial de Alicante.

- 4.1. El acuerdo de creación de la central de contratación y la configuración de sus competencias
- 4.2. La regulación del régimen jurídico de las relaciones entre las partes implicadas en la contratación en el marco de la central de contratación (diputación, ayuntamientos y contratistas): el reglamento de la central de contratación
- 4.3. La adhesión a la central de contratación mediante convenio
- 4.4. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de los contratos que licita la central de contratación
- 4.5. La competencia para el gasto
- 5. Las centrales de contratación, la contratación centralizada y los acuerdos marco**
  - 5.1. Necesidad de crédito en el acuerdo marco de homologación
  - 5.2. La determinación de la solvencia en el acuerdo marco
  - 5.3. Obligación de los adjudicatarios del acuerdo marco de presentar oferta válida en los procedimientos de adjudicación de los contratos basados
  - 5.4. Otras cuestiones
- 6. Las centrales de contratación y la contratación electrónica**

## Resumen

El objetivo de las centrales de contratación es conseguir una mayor eficacia de la actividad contractual de los entes públicos. Tanto desde el punto de vista de gestión, ya que se concentra la tramitación de los procedimientos en órganos especializados, lo que evita que haya una multiplicidad de órganos de contratación dedicados a la adquisición de productos similares y favorece la simplificación administrativa, como desde el punto de vista económico, pues se aprovecha la reducción de costes que cabe obtener mediante adquisiciones a gran escala, lo que permite una mayor eficiencia de los recursos. El artículo analiza las centrales de contratación de las diputaciones provinciales: su finalidad y funcionalidad, su procedimiento de creación y constitución, así como el procedimiento de integración o adhesión de los municipios, a la vista de la experiencia de las centrales de contratación que se han constituido en los últimos años.

*Palabras clave: central de contratación; diputación provincial; simplificación administrativa; reducción de costes.*

## **The centralized public procurement units of intermediate local governments**

### **Abstract**

*The objective of the centralized public procurement units is to enhance effectiveness in the field of public procurement policies. This is achieved from the perspective of the management thanks to the centralization of the proceedings in specialized bodies which avoids the multiplicity of contracting bodies and spurs administrative simplification. Moreover, from the economic perspective, the centralization reduces costs due to larger purchase orders. This article analyzes the centralized public procurement units of the intermediate local governments (diputaciones provinciales) from the experience of the units created in recent years, focusing on their aims, nature and performance; process of creation and constitution, as well as the accession process of the municipalities to these units.*

**Keywords:** centralized public procurement units; intermediate local governments (*diputaciones provinciales*); administrative simplification; cost reduction.

### **1**

#### **Reflexiones previas**

La necesidad de realizar compras globales como medio para alcanzar un beneficio, con la obtención de mejores precios en las adquisiciones, y racionalizar el sistema de las adquisiciones públicas –la intendencia pública– mediante la ordenación de las compras públicas, no es cuestionada por nadie; y menos aún en tiempos de crisis económica que demandan medidas de austeridad, racionalidad y control del gasto.

La complejidad, extensión y transversalidad que el sistema y el ordenamiento jurídico de la contratación pública han adquirido en los últimos tiempos, hasta el punto de hacer necesaria, incluso imprescindible, la especialización en las compras públicas, y requerir nuevas formas de organización y gestión, tampoco las cuestiona nadie.

Para llevar a cabo estas políticas de compras globales, y como alternativa a las formas tradicionales de la organización de los servicios de contratación, surgen las centrales de compras, o centrales de contratación; junto a varios

mecanismos de contratación: los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de contratación. Es lo que se conoce como sistemas de racionalización de compras o técnicas de racionalización de la contratación.

Son varias las referencias a la racionalidad y racionalización de la contratación en el TRLCSP. El artículo 22.2 TRLCSP alude a la eficiencia de los procesos de contratación pública, y el capítulo donde aparece regulado este precepto se denomina: “Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público”; y si avanzamos en el Título II, del Libro III, se titula: “Racionalización técnica de la contratación”, y el artículo 194 TRLCSP indica que: “Para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos, o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados, conforme a las normas de este Título”.

Los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de contratación y las centrales de compras, son técnicas que tienen como finalidad simplificar y agilizar los procedimientos de contratación pública y, sobre todo, reducir gastos en la contratación pública. Son técnicas que permiten obtener los beneficios de las economías de escala en la planificación de las compras y suministros, especialmente en los que tienen lugar a largo plazo, a la vez que aseguran una provisión o abastecimiento regular de los servicios o suministros, mediante la elección o selección de aquellas empresas interesadas en los contratos que puedan llegar a celebrarse durante un periodo determinado de tiempo.

Estas técnicas de racionalización son de naturaleza heterogénea, diversa y distinta. El acuerdo marco es un negocio jurídico, el sistema dinámico de contratación es una forma de adjudicación de contratos, y las centrales de contratación son unidades u órganos administrativos especializados.

Los sistemas de racionalización de compras o técnicas de racionalización de la contratación, además de las economías de escala, permiten la reducción de los costes asociados a la compra pública y la aplicación de modelos de compra pública como instrumentos de actuación de políticas sectoriales (cláusulas sociales, ambientales, innovación tecnológica, compra ética y sostenible, fomento de la contratación de la pequeña y mediana empresa, etc.).

Tengo la sensación, desde hace tiempo, de que las centrales de contratación y la contratación centralizada no ofrecen, al menos todavía, un escenario cierto y definido de cómo, cuándo y dónde actuar, para obtener los beneficios que se predicen de estas técnicas de la contratación pública. Hablar del régimen jurídico de las centrales de contratación, y de los acuerdos marco, que son la figura sobre la que se articulan la mayoría de las centrales de contratación, es parecido a discurrir sobre el *vacío jurídico* de algo que nadie sabe bien cómo funciona; que se va resolviendo cada día, habitualmente con una

excelente práctica profesional de quienes se encargan de ello, y que sirve para afirmar que existe otro mundo más allá de la contratación normalizada, aquella que realizan los órganos de contratación competentes, por naturaleza propia.

Además, en la actualidad, las centrales de contratación añaden un elemento de valor a la gestión de la contratación pública: la transparencia. Transparencia en materia de publicidad de las transacciones, control administrativo y generación de un historial de compras y procedimientos disponible, de forma inmediata, para su valoración y auditoría. Finalmente, las centrales de contratación proyectan a los ciudadanos una idea positiva acerca de que es posible la gestión pública, desde lo público, con eficacia y eficiencia. Y en algunos casos, con excelencia.

## 2

### Antecedentes, regulación actual y finalidad de las centrales de contratación

#### 2.1

##### Antecedentes y regulación actual

Prescindiendo de antecedentes más remotos<sup>3</sup>, es en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios<sup>4</sup>, donde por primera vez se alude y hace

3. Decreto 3186/1968, de 26 de diciembre, por el que se organiza el Servicio Central de Suministros de Material Mobiliario y de Oficina y se regulan las Juntas de Compras de los Ministerios civiles (BOE de 13 de enero de 1969). 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, regulaba en los artículos 183 y 199 la adquisición centralizada de bienes y servicios en la Administración del Estado; y la disposición adicional décima, la adhesión de las comunidades autónomas y entidades locales a los sistemas de contratación centralizada. También mencionaba los acuerdos marco, cuando permitía la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación de contratos de suministro o de asistencia sanitaria concertada con medios ajenos que fueran consecuencia de un acuerdo o contrato marco, siempre que este se hubiera adjudicado con arreglo a las normas de la Ley.

4. El considerando 15 de la Directiva refiere que: “Se han desarrollado en algunos Estados miembros determinadas técnicas de centralización de adquisiciones. Varios poderes adjudicadores se encargan de efectuar adquisiciones o adjudicar contratos públicos/acuerdos marco destinados a otros poderes adjudicadores. Estas técnicas contribuyen, debido a la importancia de las cantidades adquiridas, a ampliar la competencia y racionalizar el sistema público de pedidos. Por consiguiente, conviene establecer una definición comunitaria de las

referencia a las exigencias de simplificación en la contratación, recogiendo una serie de instrumentos (acuerdos marco y centrales de contratación, principalmente) y de medios electrónicos (subasta electrónica, sistemas dinámicos de contratación).

La Directiva 2004 no establece ninguna obligación para que se adapten estas técnicas de contratación<sup>5</sup>, y se limita, en su artículo 1.10, a definir la “central de compras” como un poder adjudicador que adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores, o que adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obras, suministro o servicios destinados a poderes adjudicadores. Y en el artículo 11, referido a los contratos públicos y acuerdos marco adjudicados por las centrales de compras, la Directiva sienta que los Estados miembros podrán establecer que los poderes adjudicadores adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de centrales de compras. Y que se considerará que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras han respetado las condiciones de la Directiva siempre que la central de compras respete dichas disposiciones. Con esta técnica se consigue una tramitación más eficiente y se favorece, mediante el incremento del volumen de compras, el traslado de los ahorros obtenidos entre todas las entidades públicas destinatarias de los servicios de una central de compras.

Las disposiciones comunitarias sobre las centrales de compras han sido transpuestas al derecho español bajo la denominación de “centrales de contratación”. El Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público atribuía exclusivamente a las Administraciones Públicas la utilización de las centrales de contratación, excluyendo de la utilización de esta técnica a los restantes entes del sector público. No obstante, en el artículo 187 LCSP, fue modificado el término “Administraciones Públicas” por el de “entidades del sector

---

centrales de compras al servicio de los poderes adjudicadores. Deben igualmente definirse las condiciones en las que, dentro del respeto de los principios de no discriminación e igualdad de trato, puede considerarse que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras han respetado la presente Directiva”. Y en el considerando 16 se afirma que: “Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva”.

5. Bélgica, Alemania, Estonia, Luxemburgo y Suecia decidieron no transponer las previsiones sobre centrales de contratación. *Informe de evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE sobre Contratación pública*. Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, SEC(2011) 853 final, pág. 46. El resumen ejecutivo del documento está disponible en castellano en la URL: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/modernising\\_rules/executive-summary\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executive-summary_es.pdf). [Con acceso el 16 de marzo de 2015].

público”, recogiendo actualmente en los mismos términos en el artículo 203 TRLCSP<sup>6</sup>.

Y de ahí pasó al TRLCSP, que dedica su Libro III a la selección del contratista y adjudicación de los contratos; en él se ubica el Título II, relativo a la racionalización técnica de la contratación, que contiene un capítulo primero, de normas generales, que comprende el artículo 194, donde se regulan los sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas, y el artículo 195, en el que se regulan los sistemas para la racionalización de la contratación de otras entidades del sector público. En el capítulo cuarto del mismo Título II se regulan las centrales de contratación, en cuya sección primera se incluyen: el artículo 203 (funcionalidad y principios de actuación), el artículo 204 (creación de centrales de contratación por las comunidades autónomas y entidades locales), y el artículo 205 (adhesión a sistemas externos de contratación centralizada). Por su parte, en la sección segunda, relativa a la contratación centralizada en el ámbito estatal, se incluyen el artículo 206 (régimen general) y el artículo 207 (adquisición centralizada de equipos y sistemas para el tratamiento de la información).

Y además, en cuanto a las diputaciones provinciales, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en su Preámbulo, discurre con esta literatura: “Otra de las medidas adoptadas en la Ley es la de reforzar el papel de las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares o entidades equivalentes. Esto se lleva a cabo mediante la coordinación por las diputaciones de determinados servicios mínimos en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes o la atribución a estas de nuevas funciones como la prestación de servicios de recaudación tributaria, administración electrónica o contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes, su participación activa en la elaboración y seguimiento en los planes económico-financieros o las labores de coordinación y supervisión, en colaboración con las comunidades autónomas, de los procesos de fusión de municipios”.

Esta Ley modifica el artículo 36 LBRL, que queda redactado de la siguiente forma:

*1. Son competencias propias de la diputación o entidad equivalente las que le atribuyan en este concepto las leyes del Estado y de las comunidades autónomas en los diferentes sectores de la acción pública y, en todo caso, las siguientes:*

*[...]*

6. GARCÍA JIMÉNEZ, A., “Los sistemas para la racionalización técnica de la contratación pública”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 117, La Ley, marzo 2012.

*g) La prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes.*

Por su parte, la LAULA también establece que las diputaciones provinciales, con la finalidad de asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales, deberán prestar servicios de asistencia técnica, información, asesoramiento, formación y apoyo tecnológico; y específicamente en materia de la contratación pública, el artículo 12 LAULA establece que la provincia prestará: “b) Elaboración de los pliegos de condiciones y demás documentación integrante de la contratación pública, así como la colaboración en la organización y gestión de los procedimientos de contratación”.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que deberá ser transpuesta antes del 18 de abril de 2017, refuerza de un modo notable las disposiciones relativas a las centrales de compras. Después de dedicar a las actividades de compra centralizada y las centrales de compra los considerandos 69, 70 y 72<sup>7</sup>, el artículo 2, apartado 1,

---

*7. (69) Las técnicas de centralización de adquisiciones se utilizan cada vez más en la mayoría de los Estados miembros. Las centrales de compras se encargan de efectuar adquisiciones, gestionar sistemas dinámicos de adquisición o adjudicar contratos públicos/acuerdos marco para otros poderes adjudicadores, con o sin remuneración. Los poderes adjudicadores para los que se haya celebrado un contrato deben poder utilizarlo para adquisiciones puntuales o repetidas. Al tratarse de la adquisición de grandes cantidades, estas técnicas pueden contribuir a ampliar la competencia y deben profesionalizar el sistema público de compras. Por ello, conviene establecer una definición a escala de la Unión de las centrales de compras al servicio de los poderes adjudicadores y aclarar que dichas centrales operan de dos maneras diferentes.*

*En primer lugar, deben poder actuar como mayoristas al comprar, almacenar o revender o, en segundo lugar, deben poder actuar como intermediarios al adjudicar contratos, gestionar sistemas dinámicos de ventas o celebrar acuerdos marco que vayan a utilizar los poderes adjudicadores. En algunos casos, este cometido de intermediario puede desempeñarse ejecutando de manera autónoma los procedimientos de adjudicación pertinentes, sin recibir instrucciones de los poderes adjudicadores que entren en consideración. En otros casos, los procedimientos de adjudicación pertinentes se ejecutarán siguiendo instrucciones de los poderes adjudicadores de que se trate, en nombre y por cuenta de los mismos.*

*Procede asimismo establecer unas normas de atribución de responsabilidad respecto del cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Directiva entre la central de compras y los poderes adjudicadores que compren a la central de compras o a través de ella. En el caso de que la central de compras sea la única responsable del desarrollo de los procedimientos de contratación, debe ser también exclusiva y directamente responsable de su legalidad. En caso de que un poder adjudicador dirija determinadas partes del procedimiento, por ejemplo la convocatoria de una nueva licitación basada en un acuerdo marco o la adjudicación de contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición, debe seguir siendo responsable de las etapas que realice.*

*(70) Los poderes adjudicadores deben estar autorizados a adjudicar un contrato de servicios públicos para la oferta de actividades de compra centralizada a una central de compras sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. También debe*

puntos 14 y 15, define las actividades de compra centralizada y las centrales de compras; y el artículo 37 regula las actividades de compra centralizada y centrales de compras, en los siguientes términos:

*1. Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores puedan adquirir suministros y/o servicios a una central de compras que ofrezca la actividad de compra centralizada mencionada en el artículo 2, apartado 1, punto 14, letra a).*

*Los Estados miembros podrán asimismo disponer que los poderes adjudicadores puedan adquirir obras, suministros y servicios recurriendo a contratos adjudicados por una central de compras, recurriendo a sistemas dinámicos de adquisición administrados por una central de compras o, en la medida de lo dispuesto en el artículo 33, apartado 2, párrafo segundo, recurriendo a un acuerdo marco celebrado por una central de compras que ofrezca la actividad de compra centralizada mencionada en el artículo 2, apartado 1, punto 14, letra b). Cuando un sistema dinámico de adquisición administrado por una central de compras pueda ser utilizado por otros poderes adjudicadores, ello se hará constar en la convocatoria de licitación en la que se establezca el sistema dinámico de adquisición.*

*Con respecto a los párrafos primero y segundo, los Estados miembros podrán disponer que determinadas contrataciones se hagan recurriendo a centrales de compras o a una o varias centrales de compras específicas.*

*2. Un poder adjudicador cumplirá las obligaciones que le impone la presente Directiva cuando adquiera suministros o servicios a una central de compras que ofrezca la actividad de compra centralizada mencionada en el artículo 2, apartado 1, punto 14, letra a).*

---

*permitirse que dicho contrato de servicios públicos incluya la oferta de actividades de compras auxiliares. Los contratos de servicios públicos para la oferta de actividades de compras auxiliares, cuando no sean ejecutados por una central de compras en conexión con su oferta de actividades de compra centralizada al poder adjudicador de que se trate, deben adjudicarse con arreglo a la presente Directiva. Asimismo, conviene señalar que la presente Directiva no debe aplicarse cuando las actividades de compra centralizada o de compras auxiliares no se ofrezcan mediante un contrato oneroso que constituya una contratación a efectos de la presente Directiva.*

*[...]*

*(72) Los medios de comunicación electrónicos resultan especialmente idóneos para apoyar prácticas y herramientas de compra centralizadas, ya que ofrecen la posibilidad de reutilizar y procesar datos automáticamente y minimizan los costes de información y transacción. Por lo tanto, como primera medida, debe obligarse a las centrales de compras a utilizar estos medios de comunicación electrónicos, facilitando al mismo tiempo la convergencia de prácticas en toda la Unión. A continuación, debe establecerse la obligación general de utilizar los medios de comunicación electrónicos en todos los procedimientos de contratación después de un período transitorio de 30 meses.*

*Además, un poder adjudicador cumplirá también las obligaciones que le impone la presente Directiva cuando adquiera obras, suministros y servicios recurriendo a contratos adjudicados por la central de compras, recurriendo a sistemas dinámicos de adquisición administrados por la central de compras o, en la medida de lo dispuesto en el artículo 33, apartado 2, párrafo segundo, recurriendo a un acuerdo marco celebrado por la central de compras que ofrezca la actividad de compra centralizada mencionada en el artículo 2, apartado 1, punto 14, letra b).*

*No obstante, el poder adjudicador interesado será responsable del cumplimiento de las obligaciones que le impone la presente Directiva respecto de las partes de las que él mismo se encargue, como:*

- a) adjudicar un contrato mediante un sistema dinámico de adquisición que sea administrado por una central de compras;*
- b) convocar una nueva licitación con arreglo a un acuerdo marco que haya sido celebrado por una central de compras;*
- c) determinar, con arreglo al artículo 33, apartado 4, letras a) o b), cuál de los operadores económicos parte en el acuerdo marco desempeñará una labor determinada en virtud de un acuerdo marco que haya sido celebrado por una central de compras.*

*3. Todos los procedimientos de contratación dirigidos por una central de compras se llevarán a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 22.*

*4. Los poderes adjudicadores podrán adjudicar un contrato público de servicios para la realización de actividades de compra centralizadas a una central de compras sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva.*

*Estos contratos públicos de servicios podrán incluir también la realización de actividades de compra auxiliares.*

## 2.2

### Finalidad y función de las centrales de contratación

En cuanto a la finalidad de las centrales de contratación, existe unanimidad en la doctrina administrativa de las juntas consultivas de contratación administrativa y en la doctrina científica. Así, y como se significa en el Informe 5/09, de 18 de diciembre, de la JCCA *Baleares*: “El objetivo de las centrales de contratación es conseguir una mayor eficacia de la actividad contractual de los entes públicos, tanto desde el punto de vista de gestión, ya que concentra la tramitación de los procedimientos en órganos especializados, evitando que

haya una multiplicidad de órganos de contratación dedicados a la adquisición de productos similares y favoreciendo la simplificación administrativa, como desde el punto de vista económico, ya que se aprovecha la reducción de costes que se puede obtener mediante adquisiciones a gran escala, lo que permite una mayor eficiencia de los recursos”.

En el Informe 5/2010 de la JCCA *Aragón*, de 14 de abril, se insiste en que: “Conviene recordar que los principales objetivos de esta técnica organizativa son la seguridad jurídica y la confianza de los potenciales licitadores. Y permite una eficaz transparencia que, acompañada de una simplificación de los procedimientos, logra obtener, a través de las economías de escala, una eficiente utilización de los recursos públicos –en los términos del artículo 1 LCSP–”.

Y, según la JCCA *Cataluña*, Informe 10/2011, de 27 de octubre, las centrales de compra, como servicios especializados que constituyen sistemas para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos públicos, son instrumentos de colaboración y de asistencia y cooperación jurídica y técnica que tienen por finalidad conseguir más eficacia en la contratación pública, facilitando y simplificando la gestión y reduciendo el gasto público.

En el mismo sentido insiste BATET JIMÉNEZ<sup>8</sup>, que considera que las Administraciones Públicas vienen obligadas a actuar bajo los criterios de eficiencia y eficacia, debiendo utilizar todos los mecanismos que el legislador pone a su disposición para optimizar los recursos públicos, y en mayor medida en estos tiempos de crisis económica, por lo que las centrales de contratación se presentan como una oportunidad de las Administraciones Públicas para abaratar costes, utilizando la economía de escala, y evitar la multiplicidad de esfuerzos en la gestión de los expedientes. Por su parte, CARBONERO GALLARDO<sup>9</sup> afirma que la finalidad de la central de contratación es, de un lado, conseguir una mayor eficacia por los entes públicos, tanto desde un punto de vista de gestión, puesto que agiliza y simplifica la tramitación administrativa en la adquisición de bienes y servicios, como desde un punto de vista económico, obtener unas condiciones económicas más ventajosas con la consiguiente reducción del gasto público; configura a las centrales de compras como un “instrumento de colaboración administrativa y de asistencia y cooperación jurídica y técnica con las entidades locales”. Y mantiene que nos encontramos ante una manifestación típica del ejercicio, por parte de la diputación, de la competencia de

8. BATET JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> P., “Las centrales de contratación y los acuerdos marco como sistema para la racionalización de la contratación en la Administración local”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 15-16, La Ley, 2013.

9. CARBONERO GALLARDO, J. M. y CALLEJAS DíEZ, J. L., “Las centrales de compras”, en *Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, julio 2013.

“asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión”, que el artículo 36.1 b) LBRL atribuye a las diputaciones provinciales.

En la doctrina científica –por todos, GALLEGO CÓRCOLES<sup>10</sup>– también se ha insistido en la importancia que adquieren estas técnicas de racionalización de la contratación, como consecuencia de la actual coyuntura económica. Aunque también, y cada vez con mayor frecuencia, comienza a llamarse la atención sobre los peligros que ofrecen las centrales de compras y otros acuerdos interadministrativos para el aprovisionamiento conjunto, en relación con los riesgos que ofrecen como fuente de restricciones de la competencia. En este sentido, MAÑES MARTÍNEZ<sup>11</sup> y SÁNCHEZ GRAELLS<sup>12</sup>. La colusión en la contratación derivada de acuerdos marco es, en verdad, un problema de alto calado, no resuelto ni resoluble con los escasos medios que brinda nuestra actual legislación.

El análisis de los efectos de un cambio desde la descentralización de las compras a un sistema centralizado, no puede pasar por alto las consecuencias que esa medida puede tener a medio y largo plazo sobre la estructura de mercado de los productos afectados. Porque no hay duda de que el elevado volumen de demanda engendrado por la centralización (y que es una de las bases de ahorro para el sistema) puede dejar en una situación precaria a las pequeñas y medianas empresas que operan en mercados locales, toda vez que encontrarían dificultades para acceder a las licitaciones de la central de contratación. El peligro, obviamente, es que las grandes empresas oferten precios y condiciones generales de provisión de los productos afectados capaces de sacar del mercado a los pequeños y medianos competidores, aun a costa de soportar ellas mismas estrechos márgenes durante un tiempo, para poder posteriormente elevar sus precios en un entorno menos competitivo.

Algunos observadores apuntan este riesgo, pero otros argumentan que la centralización de compras espolea a las pequeñas y medianas empresas del sector, induciéndolas a crecer, incluso mediante alianzas y fusiones, y a mejorar su eficiencia productiva para poder competir en las nuevas condiciones de concentración de la demanda. En fin, parece prudente que este tema se tenga

10. GALLEGO CÓRCOLES, I., “La racionalización técnica de la contratación: aspectos prácticos”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 120, La Ley, julio 2012.

11. MAÑES MARTÍNEZ, E., “La defensa de la competencia en la contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos”, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*, núm. 6, Institución Fernando El Católico, Zaragoza, 2015.

12. SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Una visión crítica de la Guía sobre contratación pública y competencia publicada por la CNC”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 21, La Ley, mayo-junio 2011.

presente a la hora de definir el objeto del contrato, cuando se licita desde una central de contratación.

En todo caso, no parece que este sea un problema inquietante en el ámbito de las centrales de contratación provinciales, por el territorio al que circunscriben su actuación. Es más bien un problema que plantean las agencias de contratación centralizada estatales.

### 3

## Las diputaciones provinciales como titulares de centrales de contratación

### 3.1

#### La atribución de competencias a las diputaciones provinciales en materia de centrales de contratación

El artículo 204 TRLCSP dispone literalmente que: “En el ámbito de la Administración local, las diputaciones provinciales podrán crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno”<sup>13</sup>. Por su parte, el artículo 205 TRLCSP regula la adhesión a sistemas externos de contratación centralizada, y la disposición adicional segunda dispone que: “En los municipios de población inferior a 5000 habitantes las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 204, mediante acuerdos al efecto”.

En un primer momento, tras la regulación de la LCSP, se planteó si solo, en el ámbito local, las diputaciones provinciales podían crear centrales de contratación. La cuestión tuvo inicialmente algún interés, como consecuencia del Informe 27/2009, de 1 de febrero, de la JCCA<sup>14</sup>. Sin embargo, en la actualidad, nadie defiende que se pueda limitar su creación, en el ámbito de la Administración local, a las diputaciones provinciales, aunque estas diputaciones puedan dar apoyo y asesoramiento en la gestión de la contratación pública en los municipios, en virtud de la competencia de asistencia y coo-

13. En el mismo sentido, y con la misma dicción literal, el artículo 226.2 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (versión marzo 2015).

14. La JCCA Aragón, con motivo del Informe 15/2010, de 26 de noviembre, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del patrimonio, el servicio público y la contratación local, consideró rígida la interpretación de la Junta estatal. Y en el mismo sentido la JCCA Cataluña (Informe 10/2011, de 27 de octubre).

peración jurídica, económica y técnica a los municipios que tienen atribuida, de acuerdo con lo que dispone el artículo 36.1.b LBRL. El modelo recogido por el legislador español no limita la posibilidad de creación de centrales de contratación por parte de las entidades locales. Además, esta es también la interpretación que deriva de la literalidad del TRLCSP, dada la posibilidad genérica prevista en los artículos 194 y 203.1 de que las Administraciones Públicas y las entidades del sector público, respectivamente, centralicen la contratación de obras, servicios y suministros, así como en el artículo 205 TRLCSP de la posible adhesión a sistemas de adquisición centralizada de otras “entidades locales”; afirmación que reconoce la existencia de centrales de contratación en entidades locales en general.

### 3.2

#### La atribución de competencias a las asociaciones de municipios

Más compleja y polémica resultaba la posibilidad de que la FEMP, que se constituyó como asociación de municipios, islas, provincias y otros entes locales que voluntariamente lo decidieran –y tiene su fundamento legal en la disposición adicional quinta de la LBRL, y en el artículo 2.6 de la Ley de Asociaciones–, pudiese crear una central de contratación. De hecho, la prueba de que existían serias objeciones e inconvenientes que salvar, desde el punto de vista jurídico, se confirma en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que en su artículo primero, apartado treinta y cinco, modifica la disposición adicional quinta de la LBRL –referida a las asociaciones de las entidades locales– y, en lo que aquí interesa, establece lo siguiente: “Conforme a lo previsto en el artículo 203 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, estas asociaciones podrán crear centrales de contratación. Las entidades locales a ellas asociadas, podrán adherirse a dichas centrales para aquellos servicios, suministros y obras cuya contratación se haya efectuado por aquellas de acuerdo con las normas previstas en ese Texto Refundido, para la preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”.

De conformidad con esta modificación legislativa, y como consecuencia de la misma, es claro que, desde la entrada en vigor de la Ley 27/2013, la FEMP, en su condición de asociación de entidades locales, puede constituir centrales de contratación. Y las entidades locales asociadas a la FEMP podrán adherirse a dicha central de contratación, siempre que las contrataciones realizadas por esta hayan observado, en la preparación y adjudicación del contrato, el régimen jurídico establecido por el TRLCSP para las Adminis-

traciones Públicas<sup>15</sup>. La Central de Contratación de la Federación Española de Municipios y Provincias se ordena como un servicio especializado creado por acuerdo de la Junta de Gobierno de la FEMP, de 28 de enero de 2014, al amparo de lo previsto en el artículo 203 TRLCSP y en el último párrafo del apartado 3 de la disposición adicional quinta LBRL, conforme a la redacción dada a la misma por el artículo 1.35 de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), con la finalidad de contratar bienes y servicios que, por sus especiales características, sean susceptibles de ser utilizados con carácter general por las entidades locales asociadas a la FEMP y sus entes instrumentales<sup>16</sup>.

### 3.3

#### Las centrales de contratación y las competencias de asistencia y cooperación con los municipios

Lo cierto es que las centrales de contratación se ubican con naturalidad en las funciones propias de asistencia y cooperación, que son y han sido competencias propias de las provincias. La mayor parte de nuestros municipios –como afirma ZAFRA VÍCTOR<sup>17</sup>– “no puede desempeñar con mínima eficacia las competencias que les reconocen las leyes. Las políticas sectoriales del Estado y de las comunidades autónomas necesitan la articulación del mundo local porque, de

15. Ningún problema, sin embargo, parece haber existido en relación con el Consorcio Catalán para el Desarrollo Local (*Consorci Català pel Desenvolupament Local*), integrado por los consejos comarcales del Pla de l’Estany, Segarra, Pallars Jussà, l’Anoia, l’Alt Camp, y la Asociación catalana de Municipios y Comarcas, que tiene constituida una central de compras, en la que se hallan adheridos 380 municipios de Cataluña. Este Consorcio (CCDL), por acuerdo de 17 de diciembre de 2009, aprobó la modificación de sus Estatutos para crear un sistema de contratación centralizada, configurándolo como un servicio especializado de central de contratación con el objeto de dar servicio a los entes locales de Cataluña. Con la creación de la Central de Compras del CCDL se pretende conseguir la contratación de determinados suministros y prestación de servicios en interés público de los entes locales. Llama la atención que los Estatutos del Consorcio (artículo 2.3) permiten la incorporación al mismo de entes privados interesados en los objetivos del Consorcio.

16. La Central de Contratación de la FEMP se configura como instrumento que permite la tramitación y/o adjudicación de las prestaciones de otros poderes adjudicadores, en este caso las entidades locales asociadas, dando aplicación a los principios de simplificación administrativa, facilitando los procesos de contratación y posibilitando, mediante la aplicación de las denominadas economías de escala y la estandarización de las obras, servicios y suministros, el logro de condiciones económicas más favorables en la contratación de los mismos, con la consiguiente reducción del gasto público. Su funcionamiento se rige por un reglamento aprobado por la Junta de Gobierno de la FEMP el 17 de julio de 2014.

17. ZAFRA VÍCTOR, M., “La intermunicipalidad”, en *El 4º Espacio*, editada por la Diputación Provincial de Zaragoza, núm. 5, verano 2005.

lo contrario, la fragmentación municipal esteriliza las economías de escala que puedan surgir de la visión de conjunto que la función coordinadora aporta. Entre el municipio y la comunidad autónoma debe intercalarse una instancia para que los intereses intermunicipales queden fijados en el ámbito local, de lo contrario una buena parte de las competencias municipales, saltan a la comunidad autónoma. No todo lo supralocal es autonómico, puede ser intermunicipal”. Y así, para garantizar la autonomía municipal, la Constitución garantiza también la autonomía provincial, y lo hace coherentemente, como agrupación de municipios, de ahí el diferente tratamiento que dispensa a ambas instituciones. Las provincias no son instituciones ajenas a los municipios. Precisamente el estar integradas por alcaldes y concejales elegidos indirectamente está en consonancia con sus competencias funcionales y su carácter instrumental.

Y así pues, dentro de ese ámbito instrumental, las diputaciones provinciales pueden asumir y atender esa especialización que requiere la contratación del sector público, mejorar la gestión administrativa de los procedimientos de licitación, y, en la medida de lo posible, simplificarla; obtener los beneficios de las economías de escala que pueden producirse en los sistemas de contratación centralizada. Solo el hecho de situar ante los contratistas órganos de contratación especializados, de experiencia contrastada, y con la posibilidad de licitar y adjudicar contratos de cierto volumen, supone e implica una mejora de la gestión de los contratos públicos.

En ese sentido, el Informe de Fiscalización de la contratación en el ámbito local de servicios y suministros de energía eléctrica, ejercicios 2003, 2004 y 2005, del Tribunal de Cuentas, de 26 de noviembre de 2009, incluía, entre sus recomendaciones, la de: “Recabar, de aquellas entidades que tienen encomendada o han asumido la asistencia técnica a los ayuntamientos –diputaciones provinciales, asociaciones de entidades locales u órganos autonómicos o estatales–, la redacción de protocolos de actuación que faciliten el análisis de necesidades y la elaboración de pliegos tipo para la contratación de estos servicios y suministros, permitiendo minorar los costes y mejorar la calidad de los procedimientos –incluso en la determinación de sistemas de fijación de precios, haciendo homogéneas y comparables las ofertas económicas–, promoviendo con ello su contratación, en régimen de concurrencia por la totalidad de las entidades locales”<sup>18</sup>. Me consta que este Informe del Tribunal

---

18. En el mercado de las telecomunicaciones y de la energía, las corporaciones locales constituyen un tipo de cliente con un importante volumen de demanda, que ha venido experimentando un notable crecimiento en sus consumos y, con ellos, los gastos presupuestados para financiarlos. Para el Tribunal de Cuentas, estas circunstancias exigen, por sí solas, asegurar que la contratación pública garantice unas condiciones de competencia y concurrencia “que permitan aprovechar las ventajas que proporcionan los mercados liberalizados, a efectos de

de Cuentas estuvo en el origen de la decisión de constituir alguna de las centrales de contratación provincial que existen en la actualidad. No en vano, el acuerdo marco sobre los recursos energéticos es el primero que han tramitado todas las centrales constituidas.

Las entidades provinciales que han creado centrales de contratación afirman que los objetivos fundamentales son<sup>19</sup>:

- obtención de mejores precios y condiciones contractuales por economías de escala;
- simplificación de la tramitación administrativa;

---

conseguir mejores condiciones económicas en estos suministros y servicios, mayor eficacia en la asignación de los recursos y, finalmente una mayor transparencia en la formación de los precios en interés de las administraciones y de la ciudadanía en general<sup>20</sup>. El establecimiento de estos mercados liberalizados ha sido una constante en el ámbito comunitario, donde desde hace bastante tiempo se ha venido propugnando a través de diversas directivas incorporadas a nuestro ordenamiento interno, que se ha concretado en:

a) Sector telecomunicaciones: Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

b) Sector eléctrico: Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (modificada por la Ley 17/2007, de 4 de julio, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad).

c) Sector de hidrocarburos: Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

Así, las entidades locales debieron proceder a la contratación de estos servicios y suministros, durante el periodo fiscalizado, conforme a los procedimientos y formas de adjudicación establecidos en la legislación de contratos públicos. En el caso concreto del sector eléctrico, la liberalización del suministro y el incremento de la competencia desarrollada a partir de 1997 han llevado consigo la introducción en el mercado de la figura de los consumidores cualificados, en función del volumen de sus consumos, capacitados para negociar con los distribuidores libremente el precio de sus productos.

19. El Reglamento de la Central de Contratación de la Diputación Provincial de Granada, en sus antecedentes, afirma que:

*La centralización de la contratación pública presenta muchas ventajas, principalmente de tipo económico pero también aporta ventajas de carácter administrativo para los ayuntamientos y para los proveedores. En concreto pueden enumerarse las siguientes:*

- *Reducción de costes en la adquisición de bienes y servicios. El volumen de contratación permite a los proveedores ofrecer precios más competitivos (reducción de costes internos), de los que se beneficiarán todas las entidades adheridas al convenio.*
- *Mayor transparencia en la contratación pública.*
- *Reducción de burocracia administrativa, ya que es la Central Provincial de Contratación la que se encarga de la asistencia en la tramitación. Esto supone un ahorro de tiempo considerable, pero también una economía en los costes internos de las Administraciones implicadas.*
- *Fomento de medios telemáticos, electrónicos e informáticos por parte de los empresarios (firma electrónica, presentación telemática de documentación).*
- *Reducción de costes administrativos para las empresas. Gracias a la centralización, las empresas podrán acceder a más entidades a través de un solo proceso, lo que supone un claro ahorro para las empresas.*
- *Simplicidad. Una vez puesta en marcha, la Central Provincial de Contratación se convierte en una herramienta de fácil uso para todos, posibilitando contrataciones inmediatas.*

- reducción de los costes administrativos y de los tiempos de adquisición;
- tramitación de contratos (adquisiciones en línea, licitación electrónica, sistema unificado de compras públicas, etc.).

Y todas ellas entroncan la constitución de las centrales con los principios de economía en el gasto y eficacia en la gestión; y con las obligaciones de las diputaciones provinciales de colaboración y cooperación con las entidades locales de su ámbito territorial en la prestación integral y adecuada de los servicios. Y todas afirman que, a través de la central de contratación, ejercen la competencia de asistencia y cooperación técnica a los municipios atribuida por el artículo 36.1 b) LBRL y la competencia propia que les asigna el apartado g) del mismo precepto, consistente en la contratación centralizada en municipios con población inferior a 20 000 habitantes, ello según lo dispuesto en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Ahora bien, no deja de sorprender que la iniciativa de constitución de centrales de contratación, en el panorama provincial español, no se encuentre generalizada. Aunque sí es significativa, lo cierto es que resulta más bien escasa<sup>20</sup>. Y debe hacerse una reflexión acerca de las razones de esta moderación, por parte de los entes provinciales, en la constitución de centrales de contratación.

En alguna ocasión me he preguntado: ¿Cómo surge la iniciativa de la constitución de una central de contratación en el ámbito provincial? ¿Quiénes están en el origen de la constitución de una central? ¿Es una iniciativa política de la propia institución provincial? ¿Ha sido una demanda de los municipios? ¿Acaso procede de los empleados públicos de la institución provincial? Lo cierto es que tengo la sensación, a la vista de las centrales de contratación que

---

20. La primera central de compras provincial se crea por la Diputación Provincial de Valencia, mediante acuerdo de 16 de julio de 2008. Por acuerdo de 13 de enero de 2011 se constituye la Central de Compras de la Diputación Provincial de Alicante. Por Decreto Foral 3/2011, de 22 de febrero, se crea y regula la Central de Contratación Foral de la Diputación Provincial de Guipúzcoa. El 28 de abril de 2011 se aprueba la creación de una central de compras por la Diputación Provincial de Badajoz. La Diputación Provincial de Castellón crea su Central de Contratación por acuerdo de 19 de mayo de 2011. La Diputación Provincial de Valladolid, por acuerdo de 29 de diciembre de 2011. La Diputación Provincial de Burgos crea su Central de Contratación mediante acuerdo de 2 de marzo de 2012. La Diputación Provincial de Granada aprobó por acuerdo de 27 de junio de 2013 la creación de su Central de Contratación. El 26 de diciembre de 2013, la Diputación Provincial de Cáceres aprueba la creación de su Central de Compras. Por Decreto Foral del Consejo de Diputados núm. 12/2014, de 11 de marzo, publicado en el BOTA núm. 36, de fecha 28 de marzo de 2014, se procedió a la creación y regulación de la Central de Contratación de Álava. La Diputación Provincial de A Coruña aprueba la creación de una central de contratación por acuerdo de 27 de junio de 2014.

existen y vienen funcionando con un razonable nivel de éxito y satisfacción, de que el origen de la iniciativa no siempre se encuentra en el mismo lugar.

Participar en una central de compras requiere, en primer lugar, la voluntad política de ceder parte de las competencias que tiene una entidad local, en aras de una gestión más eficiente de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios. Como dice MOREO MARROIG<sup>21</sup>, dicho en términos sintéticos, la cuestión de fondo es si va a compensar la pérdida de autonomía a cambio de una buena gestión. Esto que parece tan sencillo es el primer escollo con el que chocan las técnicas de centralización, llegando incluso, en determinados casos, a provocar el fracaso del sistema.

Además, las centrales de contratación, y las técnicas de racionalización de la contratación en general, son parte fundamental del cambio tecnológico y cultural que conlleva la implantación de la administración electrónica. Si hay un ámbito en que deba y sea factible la implantación de la administración electrónica, este es el ámbito de la contratación del sector público.

## 4

### La creación de las centrales de contratación y el procedimiento de integración o adhesión de los municipios

#### 4.1

#### El acuerdo de creación de la central de contratación y la configuración de sus competencias

La regulación de las centrales de contratación en nuestro ordenamiento jurídico es meramente indiciaria y mínima. Los artículos 203 a 205 TRLCSP se limitan a predicar la funcionalidad de las centrales de contratación, sus principios de actuación y la forma de creación.

El artículo 204.2 TRLCSP, precepto básico, indica de manera lacónica que las centrales de contratación se crean mediante acuerdo plenario. Esta parquedad en la regulación es antes una virtud que un defecto. Es obvio que el TRLCSP nada debe decir ni establecer sobre la forma en que se organizan las unidades y servicios de contratación. La norma contractual debe regular los procedimientos de adjudicación que deben guardar y seguir los órganos

21. MOREO MARROIG, T., *Manual para la utilización de los acuerdos marco y figuras relacionadas*, Thomson Reuters/Aranzadi, Madrid, 2014.

de contratación, pero nada más. Incluso, la referencia a la necesidad de un acuerdo plenario para la constitución de una central de contratación, no le corresponde al legislador de contratos, sino al legislador del régimen local.

En realidad, la creación o constitución de una central de contratación corresponde, materialmente, al ámbito de la potestad de autoorganización de las entidades locales, más que al ámbito de la contratación pública. En términos estrictamente jurídicos, esta decisión se comprende dentro de la facultad de las Administraciones Públicas para diseñar y modelar su propia organización –potestad administrativa de autoorganización–, es decir, se incluye dentro de la atribución que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración Pública para crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas para el cumplimiento de un interés de carácter público.

En cualquier caso, y con carácter previo a la decisión de crear o constituir una central de contratación, son muchas las cuestiones que deben ser objeto de reflexión y previsión, y que inciden directamente en la arquitectura organizativa (medios personales), en la logística informática (medios electrónicos), e, incluso, en la propia configuración jurídica de la central de contratación; bien como un servicio especializado, como órgano desconcentrado, o bien con personificación jurídica diferenciada.

Las centrales hasta ahora constituidas, por lo general, se han configurado como “un servicio especializado” dentro de la propia diputación<sup>22</sup>, que se encarga de coordinar las diferentes contrataciones, buscando mejores condiciones en los suministros, al centralizar las necesidades de diferentes municipios. En otras ocasiones, se definen como “órgano de asistencia y encomienda de gestión” de los órganos de contratación de las entidades locales de la provincia y de sus entes dependientes, así como de los entes que conforman el sector público provincial, que se adhieran libremente a este sistema de contratación<sup>23</sup>.

No existe uniformidad en cuanto al tipo de unidad creada como soporte de la central de contratación, ni tampoco en cuanto al área o servicio general del que se hace depender. En unos casos la central de contratación es un órgano o unidad independiente (Central de Contratación de la Diputación de Valencia),

22. Artículo 2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Central de Contratación de la Diputación Provincial de Alicante, aprobado inicialmente por acuerdo de 5 de diciembre de 2013.

23. Artículo 2 del Reglamento regulador de la Central de Contratación de la Diputación de Castellón, aprobado inicialmente por acuerdo de 19 de mayo de 2011 y modificado por acuerdo de 13 de septiembre de 2011, y artículo 1 del Reglamento de la Central de Contratación de la Diputación Provincial de Granada, aprobado inicialmente por acuerdo del pleno corporativo en sesión de 27 de junio de 2013.

en otros se hace depender del área de hacienda y contratación de la respectiva diputación provincial (Central de Contratación de la Diputación de Castellón), o del área de asistencia a municipios (Central de Contratación de la Diputación de Alicante, Burgos y Valladolid). Pero también hay supuestos en que funciona como órgano que se apoya en diversos servicios de la institución provincial (Central de Contratación de la Diputación Provincial de Guipúzcoa).

Las características de estas centrales provinciales constituidas son: la voluntariedad de la adhesión, pues la adhesión no implica obligatoriedad de compra por parte del ayuntamiento; el respeto y garantía de la autonomía local de los municipios, pues es el municipio quien decide cuándo y cómo se adhiere; y la gratuidad del servicio de centralización de compras, ya que los costes del servicio son asumidos por la diputación.

La creación de centrales de compras no puede ser obligatoria para las distintas entidades locales de la provincia, como consecuencia del principio de autonomía, que requiere un acto formal de adhesión a la central, pero también como consecuencia de que la central es una manifestación del sistema de cooperación municipal y asistencia.

La primera cuestión, a mi modo de ver, es definir el objeto y alcance de las funciones que la central de contratación provincial debe asumir. Y hay que comenzar por advertir que una central de contratación –central de compras– no es lo mismo que un sistema de contratación centralizada. Es perfectamente posible la contratación centralizada sin necesidad de la constitución de una central de contratación. Para la compra centralizada no es necesaria una central de compras. Ahora bien, la contratación centralizada, a diferencia de la central de compras, conlleva la adquisición del suministro o del servicio, es decir, no se puede limitar a la tramitación únicamente de la licitación. El sistema de contratación centralizada es un modelo de contratación específico de suministros, obras y servicios que, por sus especiales características, son susceptibles de ser utilizados con carácter general por todos los órganos de contratación incluidos en el sistema de contratación.

Cuando se decide la creación o constitución de una central de contratación, se desea algo más, se quiere ir más allá de un mero sistema de centralización de compras. Como expone, con mucha claridad, MOREO MARROIG<sup>24</sup>, una central de contratación actúa como grupo de compras que se dedica a licitar y adjudicar contratos, acuerdos marco o sistemas dinámicos de contratación, obteniendo mayores ventajas que las compras descentralizadas. Se basa en agrupar la demanda de diferentes poderes adjudicadores adscritos a

---

24. *Vid.* obra citada.

ella para conseguir mejores condiciones de mercado. Para ello debe generar una estructura y unos procedimientos que gestione a los proveedores con anterioridad a los pedidos reales de cada poder adjudicador.

Las centrales de contratación actúan adquiriendo suministros y contratando obras y servicios para otros órganos de contratación; en el supuesto de las centrales de contratación provinciales, esta contratación es para la propia diputación o para los municipios adheridos. Pero también pueden celebrar acuerdos marco, o poner en funcionamiento un sistema dinámico de contratación para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos –técnica de adquisición que permite, a la central de contratación, disponer de una gama particularmente amplia de ofertas y garantizar así una utilización óptima de los fondos públicos mediante una amplia competencia con respecto a los productos, obras o servicios comúnmente utilizados o disponibles en el mercado–.

Son varias las modalidades de actuación que pueden abarcar las centrales de contratación:

- 1) Contratación, mediante acuerdo marco, de los tipos para cada clase de contratos de obras, bienes y servicios. El acuerdo marco puede ser cerrado o abierto, en función de si los términos contractuales están totalmente o no establecidos en el mismo. Y puede celebrarse con uno o varios empresarios. La Nota explicativa de los acuerdos marco de la Comisión Europea (Documento CC/2005/03, de 14 de julio, versión en lengua inglesa)<sup>25</sup> distingue dos tipos de acuerdos marco<sup>26</sup>:
  - a) los que establecen todos los términos, a los que llama “contratos marco” y considera contratos públicos “tradicionales”. Son instrumentos legales que establecen con carácter vinculante para las partes las condiciones aplicables, y por lo tanto no exigen nuevas negociaciones; y

25. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-framework\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-framework_en.pdf)

[Con acceso el 21 de marzo de 2015].

26. En la Nota Explicativa de la Comisión Europea se indica que los acuerdos marco no son contratos públicos en el sentido de las directivas, ya que no establecen términos específicos y por lo tanto no pueden dar lugar a resultados como lo hace un contrato. En parecidos términos se pronuncia la JCCA Aragón, en su Informe 8/2010, de 23 de junio, al considerar que el acuerdo marco de homologación no es en sí mismo un contrato (únicamente regula las condiciones para la adjudicación de contratos derivados durante su vigencia). La JCCA, en su Informe 23/98, de 11 de noviembre de 1998, entiende que de la escueta regulación existente “[...] se puede deducir el régimen jurídico de los acuerdos o contratos marco, siendo su característica fundamental la existencia de dos procedimientos distintos, aunque íntimamente enlazados, que son el propio acuerdo o contrato marco y las adjudicaciones directas derivadas del propio acuerdo o contrato marco”.

- b) los que no establecen todos los términos (acuerdos marco en sentido estricto), exigiendo nuevas negociaciones o nuevas ofertas posteriores. Los contratos derivados basados en el acuerdo marco serán adjudicados y formalizados por los entes públicos adheridos. Asimismo, todos los actos de ejecución corresponderán a las entidades adheridas conforme a lo establecido en la normativa contractual.
- 2) Contratos de obras, servicios o suministros asumidos por la central de contratación para su contratación. En este caso, el acuerdo de adjudicación vincula a todas las entidades adheridas, y en el pliego de cláusulas administrativas particulares estarán separadas las prestaciones a cada una de ellas, que serán contratantes a los efectos de facturación.
  - 3) La central de contratación también puede actuar como servicio para el ejercicio de las competencias en materia de contratación de los municipios de población inferior a 5000 habitantes (disposición adicional segunda TRLCSP), cuando estos así lo acuerden, y de los de cifra de población superior cuando se concierte el correspondiente convenio de colaboración para la encomienda de gestión del procedimiento de contratación. En estos casos nos encontramos ante los supuestos de mayor alcance y efectividad de las centrales de contratación, desde el punto de vista de la cooperación provincial y asistencia a municipios. Es decir, la central de contratación se convierte en algo más que un sistema de contratación centralizada; es la materialización de la competencia atribuida por el artículo 36.1 b) LBRL a las diputaciones provinciales, que señala que, en todo caso, es competencia de estas entidades “la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente a los de menor capacidad económica y de gestión”, en el ámbito de la contratación pública. En estos supuestos la central de contratación va más allá de la licitación y adjudicación de contratos, de la adquisición de suministros y servicios para el resto de órganos de contratación, o de celebrar acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos; y de formalizar los contratos. En este supuesto la actuación de la central de contratación alcanza también a las funciones de ejecución del contrato; controla la ejecución (modificación, interpretación, suspensión) del contrato y decide el cumplimiento del mismo o la existencia de causas de resolución.
  - 4) La central de contratación, en su calidad de órgano de asistencia en los procedimientos de contratación en los que interviene, suele desempeñar las funciones previstas en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, así como las que atribuye el TRLCSP y sus disposiciones complementarias a las mesas de contratación.

La Norma Foral 1/2015, de 14 de enero, que regula la composición y funcionamiento de la Central de Contratación Foral de Álava, en su artículo 5, al regular las competencias de la Central de Contratación Foral, y después de señalar que la misma actuará como mesa de contratación en la tramitación de los procedimientos contractuales que promuevan la Diputación Foral de Álava y las entidades del sector público que decidan adherirse a dicho sistema de contratación, le atribuye las siguientes competencias:

- realizar la programación y estudio de las necesidades del sector público del Territorio Histórico de Álava y de las entidades públicas que suscriban acuerdos de adhesión en los términos previstos en el artículo 205 TRLCSP, en orden a la compra racionalizada de suministros y servicios, así como el seguimiento y evaluación de su gestión;
- promover cuantas medidas considere necesarias para conseguir una mayor eficacia, uniformidad y funcionalidad en la gestión de contratos;
- proponer los suministros y servicios que deban ser declarados de contratación centralizada por poseer características esencialmente homogéneas;
- coordinar e intercambiar información con órganos similares de otras Administraciones Públicas;
- actuar como mesa de contratación en los procedimientos de contratación centralizada de suministros y servicios;
- elaborar un informe anual en el que se incluyan todas las contrataciones efectuadas al amparo de esta norma foral, con indicación del objeto del contrato, importe, adjudicatarios y grado de ejecución. Asimismo, se hará constancia de las entidades locales acogidas a la citada contratación;
- cuantas otras competencias le sean encomendadas o le vengán atribuidas por la normativa vigente.

## 4.2

### **La regulación del régimen jurídico de las relaciones entre las partes implicadas en la contratación en el marco de la central de contratación (diputación, ayuntamientos y contratistas): el reglamento de la central de contratación**

Las relaciones jurídicas entre quienes participan en una central de compras, son causa y consecuencia del régimen de adhesión, en el caso de los municipios, y del de licitación, en el caso de los contratistas. Es decir, la relación de

la central de compras se articulará según lo pactado en el convenio y, en su caso, en la concreta solicitud de tramitación de un contrato en concreto.

Son muchas las cuestiones a considerar, unas derivadas del régimen jurídico de la propia central y otras del régimen jurídico de acuerdos marco, que es inexistente. Así, habrá que considerar cómo se articula la adhesión general a la central de contratación, la tramitación de los contratos de gestión centralizada, la adhesión individualizada a los diferentes procedimientos de contratación centralizada, el procedimiento de selección de las empresas en los acuerdos marco, la renuncia o desistimiento a la celebración de un acuerdo (por presunción de práctica colusoria)<sup>27</sup>, la obligación de que los empresarios seleccionados formulen oferta para todos y cada uno de los contratos basados, el procedimiento para formalizar los contratos derivados, cómo se sustancia la orden de pedido entre municipio y proveedor, la tramitación de las licitaciones, la participación de los municipios en la redacción de los PCAP y PPT (especialmente en cuanto concierne a la división por lotes y a los criterios de adjudicación de carácter social o medioambiental), la competencia para la autorización y disposición del gasto, así como para la ordenación del pago, las obligaciones que adquiere la diputación provincial en el marco de funcionamiento de la central de contratación, y las obligaciones de las entidades adheridas.

Es muy importante delimitar con claridad las responsabilidades de cada parte en la ejecución de los contratos adjudicados por la central de contratación. Y, cuando fuere conveniente y necesario, crear comisiones de seguimiento de la ejecución de los contratos que velen por el cumplimiento de los PCAP y PPT, y que, de ser preciso, elaboren memorias anuales de la ejecución de los contratos.

Todas estas circunstancias aconsejan, como tienen puesto de manifiesto BATET JIMÉNEZ<sup>28</sup> y MOREO MARROIG<sup>29</sup>, la elaboración y aprobación de una norma reglamentaria de la central de contratación que ofrezca cobertura suficiente a las relaciones que implica y supone la existencia de un órgano de esta naturaleza. Una norma reglamentaria que debe resolver no solo los procedimientos de adhesión a la central por parte de los municipios o entidades locales asociadas, y el alcance de los mismos, sino también las obligaciones de los contratistas que resulten seleccionados y queden incorporados a la central de contratación. Se trata, pues, de un reglamento que contenga las normas de autoorganización del servicio, norma que emana de la potestad reglamen-

---

27. Por no quedar garantizada la competencia real y efectiva.

28. *Vid.* obra citada.

29. *Vid.* obra citada.

taria de la entidad local, y cuya aprobación corresponde al órgano colegiado supremo de la entidad: el pleno provincial<sup>30</sup>.

### 4.3

#### La adhesión a la central de contratación mediante convenio

La adhesión de un ente local a una central de contratación provincial no requiere de una encomienda de gestión, y así lo afirmó en su día la JCCA Aragón<sup>31</sup>. Es suficiente con el acuerdo expreso de una entidad local y la firma del convenio oportuno (convenio de adhesión), o instrumento similar (acta en algunos casos).

Con objeto de facilitar el funcionamiento de la central, el modelo de convenio o acuerdo de adhesión debe ser idéntico para todas las entidades que se adhieran al sistema, con las particularidades o excepciones que se establezcan, que deben ser excepcionales.

Debe determinarse si la adhesión se puede realizar en cualquier momento durante la vigencia de un contrato de la central de contratación o si, por el contrario, deberá realizarse con anterioridad a la consecución del mismo por aquella. Esta decisión es importante, primero, porque puede afectar a la elección del procedimiento para llevar a cabo la centralización; y segundo, porque la central puede conseguir mejores condiciones contractuales con los proveedores cuando la negociación se base en un elevado y *cierto* volumen de demanda.

La mayoría de las centrales de contratación han optado por una doble adhesión: una adhesión genérica, que no supone obligación de efectuar ninguna contratación, ni tampoco conlleva la obligación de participar en ningún procedimiento específico; y una adhesión específica para cada uno de los procedimientos concretos que licite la central de contratación. Para la adhesión específica se requiere que, previamente, la central de contratación comunique a las entidades adheridas genéricamente la voluntad de tramitar un procedimiento determinado, para que estas puedan adherirse mediante acuerdo o resolución del órgano de contratación de la entidad local que corresponda. Esta adhesión es la que supone, normalmente, el compromiso firme e irrevocable

30. EMBID IRUJO, A., *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, IUSTEL, Madrid, 2010.

31. Informe 5/2010, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Sobre forma y procedimiento de adhesión de las entidades locales de la provincia de Huesca a un acuerdo marco de su Diputación Provincial para la contratación del suministro de energía eléctrica.

de la entidad adherida al concreto procedimiento y durante toda la vigencia del contrato.

Aunque, en principio, la central de contratación tiene una vocación de obligatoriedad, cuando funciona como sistema de contratación centralizada, este sistema de doble adhesión es una buena forma de superar la resistencia a la pérdida de poder de decisión en la gestión y decisión de compra por parte de las entidades locales adheridas, que siempre supone un freno a la expansión de la central.

#### 4.4

### **Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de los contratos que licita la central de contratación**

Con carácter previo a la aprobación de los PCAP y PPT, las centrales suelen abrir un procedimiento de información y recogida de datos, relativos a las entidades adheridas que desean participar en el procedimiento de licitación, que suele incluir la posibilidad de sugerir y efectuar consideraciones sobre la redacción material de los pliegos. También cabe, en algunas centrales de contratación, la posibilidad de constituir consejos, comisiones o comités de seguimiento, de cada uno de los procedimientos que se licitan. Se trata, en definitiva, de participar en el procedimiento de contratación de una forma amplia. Claro está que los documentos contractuales, finalmente, serán aprobados por la central de contratación.

Es preciso tener en cuenta que, en los acuerdos marco, los PCAP adquieren una importancia extraordinaria, puesto que el TRLCSP no contiene, prácticamente, ninguna disposición de contenido material sobre los mismos. De manera que lo que no está resuelto en el PCAP, carece de solución.

#### 4.5

### **La competencia para el gasto**

Los reglamentos de las centrales suelen hacer referencia expresa a que la competencia para la autorización y disposición del gasto, así como para la ordenación del pago, corresponderá al órgano competente de cada entidad que haya participado en los procedimientos de contratación que tramite la central de contratación, y a los órganos competentes de la diputación, cuando participe en los mismos o para los expedientes de contratación tramitados

exclusivamente para ella. Esta previsión, en principio parece tener sentido en los supuestos de contratos marco, no así en los de acuerdos marco, que precisan de acuerdos derivados o basados, por lo que no parece necesario solicitar de los documentos adheridos el *documento RC* de ejercicio corriente, que se utilizará para solicitar certificado de existencia y retención de crédito en los expedientes de gasto.

## 5

### Las centrales de contratación, la contratación centralizada y los acuerdos marco

Del artículo 203 del TRLCSP hay que destacar, con GARCÍA JIMÉNEZ, que el ámbito objetivo para la utilización de la contratación centralizada se ha ampliado —en relación con la regulación contenida en el TRLCAP— a los contratos de obras; y también que hay dos modalidades de contratación centralizada: la adquisición centralizada y la homologación<sup>32</sup>. En el primer caso, el órgano de contratación especializado adquiere suministros y contrata servicios para el resto de los órganos de contratación, repercutiendo después el coste económico de forma proporcional al gasto realizado por las unidades peticionarias. En el caso de la homologación, el órgano competente para la contratación centralizada celebra acuerdos marco con arreglo a los cuales posteriormente los órganos de contratación podrán celebrar contratos derivados<sup>33</sup>.

Es importante tener en cuenta que la contratación centralizada se lleva a cabo, básicamente, no sé si en su totalidad o no, mediante acuerdos marco. Y los acuerdos marco no están regulados ni en la Directiva ni en el TRLCSP. Es decir, no existe una regulación material, de fondo, de las múltiples cuestiones que plantea la figura del negocio jurídico que constituye el acuerdo marco.

Lo único que nos dice el TRLCSP de los acuerdos marco es que no son contratos en sí mismos, sino un pacto o acuerdo “previo” al contrato donde se fijan unas condiciones generales o máximas con las que se adjudicarán contratos posteriores: proveedor/es, prestación (bienes, productos o servicios), precios (máximos), duración. Que se celebran con uno o varios empresarios, y se articulan en dos fases: celebración del acuerdo marco, y adjudicación de

32. Informe 22/2008, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el “Proyecto de Decreto del Gobierno de Aragón, por el que se distribuyen competencias en materia de contratación centralizada en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos autónomos”.

33. *Vid.* obra citada.

los contratos derivados (estos sí son auténticos contratos). Y que no pueden utilizarse de forma abusiva o de modo que obstaculicen, restrinjan o falseen la competencia, ni pueden exceder de 4 años (salvo de forma excepcional).

Esta escasa regulación es una debilidad manifiesta del sistema de contratación centralizada, y, por tanto, de esta técnica de racionalización de la contratación, que produce una considerable inseguridad jurídica tanto para los licitadores como para los gestores de la central de contratación. Por ello, como ya hemos indicado, los PCAP adquieren un valor especial en estos supuestos.

Y lo mismo sucede en relación con los contratos basados/derivados del acuerdo marco. Como quiera que no existe regulación de los acuerdos marco y, especialmente, de cómo funcionan los contratos basados/derivados, la inercia lleva a aplicar todas las categorías generales del TRLCSP en los mismos términos y condiciones que para los contratos “al uso” (recurso especial, motivación, apertura de sobres y actos públicos, notificaciones, formalización, etc.), y esto es lo que resulta absolutamente paradójico.

De ahí –como afirma MOREO MARROIG<sup>34</sup>– que los pliegos de los acuerdos marco deban nacer con vocación de simplificación. A los órganos de contratación que deben acudir a la central para satisfacer sus necesidades, se les debe satisfacer de una forma rápida. Un sistema como este, programado en dos fases (una primera precontractual y otra u otras en las que se formaliza un contrato), que obliga en la segunda fase a repetir trámites, documentos y procesos, está abocado al fracaso. Porque, en definitiva, plantea un futuro no de racionalización, sino de colapso o síncope anunciado.

Vamos a enumerar, aunque sea de forma enunciativa, algunas de las cuestiones que plantea la figura del acuerdo marco.

## 5.1

### Necesidad de crédito en el acuerdo marco de homologación

Para la JCCA Aragón<sup>35</sup>, el acuerdo marco de homologación no lleva aparejado presupuesto de licitación ni compromete crédito, porque no es en sí mismo un contrato (únicamente regula las condiciones para la adjudicación de contratos derivados durante su vigencia). Consecuentemente, no será necesario

34. *Vid.* obra citada.

35. Informe 8/2010, de 23 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares para la contratación por acuerdo marco de homologación de suministros convocados por el Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón –procedimiento abierto y varios criterios–.

incorporar en la tramitación el tradicional certificado de existencia de crédito, teniendo especialmente presente que el órgano de contratación del acuerdo marco actúa como central de contratación, y los contratos derivados serán adjudicados por los órganos de contratación de los distintos departamentos, organismos autónomos y entidades adheridas, que serán quienes tendrán que garantizar la existencia de crédito al inicio de la tramitación de sus respectivos contratos derivados. Por eso, el pliego tipo solo incluye el concepto de valor estimado, que vendrá determinado por lo previsto en el artículo 76.8 LCSP, cuantía estimada del conjunto de contratos derivados que se pretendan adjudicar durante ese plazo.

La JCCA *Baleares*<sup>36</sup> opina que en los acuerdos de homologación de obras, servicios y suministros que se tramiten en el seno de un procedimiento especial de adopción de tipo se tiene que fijar un valor máximo estimado de acuerdo con el artículo 88.8 TRLCSP. Para calcularlo, se tiene que tener en cuenta el valor estimado de los contratos que pueden llevar a término los órganos de contratación afectados por el régimen de contratación centralizada, es decir, las Administraciones y entidades públicas incluidas en el ámbito de la central de contratación, o que se hayan adherido al catálogo que resulta de los acuerdos marco de homologación, pero no el de las entidades que puedan adherirse en el futuro.

## 5.2.

### La determinación de la solvencia en el acuerdo marco

La determinación de la exigencia de clasificación y de la solvencia, tampoco se encuentra resuelta en el supuesto de los acuerdos marco. La JCCA *Cataluña*<sup>37</sup>, respecto a los acuerdos marco *stricto sensu*, apunta, como posibles mecanismos para determinar la solvencia mínima que procedería requerir, la fijación de esta solvencia mínima sobre la base de las características de un contrato derivado estándar, cuando se trate de acuerdos marco en que se prevea que los contratos derivados serán todos ellos relativamente

36. Informe 9/2013, de 19 de junio de 2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, sobre sistema de racionalización técnica: centrales de contratación y acuerdos marco. Valor máximo estimado de los acuerdos marco y presupuesto de los contratos que se deriven.

37. Informe 5/2011 de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de 14 de abril. Determinación de la solvencia mínima a requerir a las empresas como requisito de aptitud para formar parte de los acuerdos marco.

homogéneos; o la división del acuerdo marco en lotes en función de la cuantía de los contratos derivados, de manera que la solvencia a requerir en cada uno de los lotes sea proporcional a estos, o, cuando se trate de acuerdos marco con un único empresario, fijar la solvencia mínima necesaria en función de la cuantía del contrato derivado de mayor presupuesto que se prevea suscribir.

### 5.3

#### **Obligación de los adjudicatarios del acuerdo marco de presentar oferta válida en los procedimientos de adjudicación de los contratos basados**

Es esta una de las cuestiones más polémicas. De la misma forma que la Administración, una vez formalizado el acuerdo marco, asume la obligación de contratar las prestaciones que constituyen su objeto, a través de las empresas adjudicatarias del mismo, sin que sea posible acudir a otras empresas del mercado que no hubieran resultado adjudicatarias del acuerdo marco, los adjudicatarios del acuerdo marco asumen la obligación de realizar la prestación objeto del mismo durante su vigencia, lo que, en aquellos acuerdos marco que incorporan la obligación legal de realizar una segunda licitación, implica la obligación de presentar oferta válida en dicho procedimiento de licitación para la adjudicación de los contratos basados, siempre que la empresa adjudicataria del acuerdo marco haya recibido la solicitud de oferta en los términos obligados por ley.

Pues bien, esta obligación de los adjudicatarios del acuerdo marco, de presentar oferta válida a la licitación de los contratos basados —que parece un elemento esencial y caracterizador del acuerdo marco, puesto que su incumplimiento supondría vaciar de contenido el mismo—, no parece estar pacíficamente aceptada. Así pues, debe incorporarse con claridad en los PCAP.

### 5.4

#### **Otras cuestiones**

Las exigencias de motivación de la adjudicación, recogidas en el artículo 151.4 TRLCSP, para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco en la contratación centralizada, tampoco parecen muy justificadas, sobre todo en los casos en que los acuerdos marco no exigen segunda licitación, o en aquellos celebrados con un único empresario.

La regulación del sistema de prestación y devolución de garantías definitivas por los adjudicatarios de un acuerdo marco, de adopción de tipo, tampoco está bien resuelta. Debería estar relacionada y ser proporcional al importe de los contratos derivados en fase de ejecución. Y hay que prever, cuando el órgano de contratación del contrato basado es distinto al órgano de contratación del acuerdo marco, la prestación y gestión de las garantías, sobre todo en caso de incautación.

## 6

### Las centrales de contratación y la contratación electrónica

El artículo 37.3 de la Directiva 2014/24/UE, dispone que todos los procedimientos de contratación dirigidos por una central de compras se llevarán a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 22. La disposición adicional 15.<sup>a</sup> del Anteproyecto LCSP también insiste en que la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos.

Una central de contratación no se entiende sin un sistema de contratación electrónica. La central debe contar con una plataforma que garantice su funcionamiento y la racionalización de las cargas de trabajo, aumentando los rendimientos a la vez que se reducen los costos, acortando los plazos y tiempos de respuesta y proporcionando instrumentos de información y transparencia. Es hora de dar cumplimiento, en el ámbito de la contratación, no solo a cuanto dispone el TRLCSP, sino también a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Según OLIVA, si consideramos el paradigma de aprovisionamiento de aplicaciones como servicios en la nube (*cloud computing*), aumentamos aún más la eficiencia, gracias a efectos de red producidos por la generación de comunidades de compra<sup>38</sup>:

- Simplificándose el acceso a la información de clasificación de proveedores y sus productos.
- Generándose rutas de encuentro más simples, ya que ambos, compradores y vendedores, solo tienen que integrarse con un portal. Un proveedor

38. OLIVA, R., “La visión del grupo de expertos de Licitación Electrónica (e-TEG) establecido por la Comisión Europea”, en PIN, José Ramón (dir.), *Contratación electrónica en el sector público español*:

[http://spain.vortal.biz/files/vortal\\_es/pdfs/131015\\_CONTRATACION\\_ELECTRONICA\\_EN\\_EL\\_SECTOR\\_PUBLICO\\_ESPANOL.pdf](http://spain.vortal.biz/files/vortal_es/pdfs/131015_CONTRATACION_ELECTRONICA_EN_EL_SECTOR_PUBLICO_ESPANOL.pdf)  
[Con acceso el 23 de marzo de 2015].

- puede acceder a todo el sector público presentando su catálogo de productos en el portal, y el comprador puede acceder a todos los proveedores en el mismo portal.
- Se hace más sencillo, barato y rápido el intercambio de información sobre precios y ofertas de productos. Gran potencial de ahorro en costes de transacciones en términos de reducción de costes de búsqueda, comparación y gestión de pedidos.
  - Costes reducidos de transacción para proveedores y compradores gracias a la automatización parcial o completa de información entre el sistema de contratación/financiero del comprador y el sistema de pedidos y pago del comprador.
  - Tendencia a una desmaterialización total de las ofertas, hacia cuestionarios inteligentes que orientan a operadores económicos sobre la puntuación o nivel de completitud de su oferta con respecto a los criterios de evaluación en tiempo real, y facilitan la valoración de las ofertas a las autoridades de certificación gracias a un mayor uso de evaluación automática o asistida.
  - Se produce un ahorro de costes administrativos para el proveedor y acceso a un mayor número de oportunidades de negocio en un mismo portal, tanto del sector público como del sector privado. Según estudios del caso de Portugal, para el comprador se pueden generar ahorros económicos sustanciales del orden del 15 % gracias a una mayor concurrencia de proveedores (la comunidad de compradores), así como disfrutar de una optimización/automatización de procesos en línea (un 5 % aproximadamente por concurrencia y un 10 % en ahorro en gestión administrativa).
- El funcionamiento externo de la central de compras se debe y tiene que articular a través de plataformas telemáticas<sup>39</sup>, a las que puedan acceder los

---

39. El funcionamiento de la Central Provincial de Contratación de Badajoz y Granada se articula a través de una plataforma telemática, a la cual podrán acceder los distintos usuarios simplemente mediante un soporte con acceso vía Internet, exigiéndose el correspondiente certificado digital. Como usuario se entenderá tanto el personal de las Administraciones adheridas como los empresarios dados de alta en el sistema. Por ello dicha plataforma dispone de las siguientes funcionalidades:

1. Plataforma en entorno Web 7x24.
2. Los usuarios podrán acceder con cualquier dispositivo que soporte acceso a Internet y certificado digital.
3. Zona pública y zona privada personalizada por tipo de usuario.
4. Información sobre objetivos, funciones y funcionamiento de la Central Provincial de Contratación.
5. Información sobre proceso de adhesión a Central Provincial de Contratación y sobre entidades adheridas (dirigida tanto a Administraciones y entes dependientes como a proveedores potenciales).
6. Acceso al perfil de contratante de la Diputación de Granada.

distintos usuarios simplemente mediante un soporte con acceso a Internet, exigiéndose, en su caso, el correspondiente certificado digital. Y de las que serán “usuarios” los empleados de las entidades adheridas, los empresarios contratistas, que se hallen dado de alta en el sistema.

Un buen ejemplo en esta materia, lo constituye la Plataforma ON LINE de la Central de Compras de la Diputación Provincial de Valencia, herramienta desarrollada conjuntamente con la Diputación de Castellón, y a la que se ha sumado la Diputación de Burgos, para facilitar las compras centralizadas por parte de los ayuntamientos de la provincia. La colaboración entre diputaciones provinciales (entre centrales) en materia tecnológica, produce sinergias importantes, y permite ahorrar costes en la implantación de soluciones TIC en la contratación. Sin este tipo de herramientas, no es posible conocer la implementación de procedimientos de compra electrónicos por parte de la central, ni tampoco medir el resultado y eficacia de la central en su política de compras<sup>40</sup>. Y una central de contratación requiere y exige un control de resultados.

La central precisa conocer, para valorar y obtener sus consecuencias, los artículos que compra cada municipio adherido, medir su consumo, el nivel de gasto, los descuentos que obtiene, el volumen total de consumo generado por las entidades adheridas, y todos aquellos datos que le permiten planificar los procedimientos y las políticas de contratación. Una central de contratación

7. Gestión de Administraciones y entidades adheridas; permitiendo el acceso a catálogos electrónicos de acuerdos marco (posibilidad de asignar una cantidad máxima anual a contratar por Administración/entidad para control de la misma).
8. Información sobre acuerdos marcos disponibles y condiciones para su aplicación.
9. Comunicación mediante correo electrónico con Central Provincial de Contratación para solicitar información o asesoramiento.
10. Catálogo electrónico de productos.
11. Gestión de grupos de compra (identificación de una necesidad, difusión de la necesidad, adhesión y configuración de pliegos por Administración y entes del grupo).

40. El Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia PRO/CNMC/001/15, sobre análisis de la contratación pública en España y oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, en el apartado II.2.1 sobre necesidad de evaluación económica por el propio órgano de contratación, afirma que las ineficiencias son fácilmente evaluables con el suficiente acceso a la información apropiada. Es el caso, por ejemplo, de la estimación de costes incluidos en los presupuestos de licitación de los expedientes de contratación. La elaboración de esos presupuestos normalmente sigue procesos con deficiente transparencia y escasa relación con los precios efectivos de mercado.

La CNMC ha detectado a menudo que una baja significativa por parte de un operador respecto al presupuesto estimado de licitación no refleja necesariamente una ganancia de eficiencia respecto a los precios de mercado, y mucho menos una “baja temeraria”, sino una inadecuada aproximación por el órgano de contratación a los costes que ha estimado.

Asimismo, otros instrumentos como las auditorías de costes son útiles tanto *ex ante*, para preparar el presupuesto de licitación, como *ex post*, para aquellos contratos donde pueda existir una revisión de precios ante diversas contingencias, buscando así la orientación de precios a costes.

hace algo más que tramitar procedimientos de contratación, y para ello necesita herramientas y medios electrónicos.

Y no solamente, o únicamente, se trata de contratación electrónica de los procedimientos de adjudicación, sino también cuando no existe tal procedimiento. De hecho, varias de las centrales de contratación existentes (centrales de contratación de Badajoz<sup>41</sup> y Granada<sup>42</sup>) contemplan un sistema, al que denominan “mercado electrónico”, destinado a la contratación menor, y por tanto sometido a los requisitos y límites establecidos por el TRLCSP para este tipo de contratos; constituido por una *Sección de Oferta* en la que las empresas interesadas en contratar con las Administraciones locales presentan (y en su caso actualizan) una oferta electrónica de precio sobre unos productos y servicios predefinidos (en características y condiciones de servicio), y una *Sección de Demanda* en la que las Administraciones locales seleccionan el producto/servicio que más se adecue técnica y/o económicamente a sus pretensiones.

Las centrales de contratación provinciales pueden ser una excelente oportunidad para llevar a cabo la transición a la contratación electrónica. Son el lugar ideal para personalizar y fijar los objetivos que requiere el cambio de formato en cada una de las instituciones provinciales. Con pasos breves, pero ciertos y seguros.

---

41. Artículo 6 del Reglamento de Funcionamiento de la Central de Contratación de la Diputación de Badajoz.

42. Artículo 8.3 del Reglamento de la Central de Contratación de la Diputación Provincial de Granada, aprobado inicialmente por acuerdo del Pleno corporativo en sesión de 27 de junio de 2013.

# Crónica del desembarco y conquista del régimen de intervención de la Directiva de Servicios en el derecho urbanístico español

SERGIO MONTESERIN HEREDIA

*Letrado consistorial del Ayuntamiento de Gavà (Barcelona)*

- 1. El régimen de intervención administrativa afectado por el proceso de transformación del derecho administrativo**
- 2. La formación del nuevo régimen de intervención administrativa en España**
  - 2.1. Artículos 5 y 7 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (Ley “Paraguas”)
  - 2.2. Las modificaciones legales introducidas por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (Ley “Omnibus”)
    - 2.2.1. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
    - 2.2.2. La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
- 3. El blindaje del derecho urbanístico ante el nuevo régimen de intervención administrativa**
  - 3.1. El derecho urbanístico excluido del ámbito de aplicación de la Directiva europea de Servicios
  - 3.2. El legislador urbanístico estatal corona a la licencia como el principal medio de intervención en materia urbanística
- 4. El desembarco del nuevo régimen de intervención administrativa en el derecho urbanístico**
  - 4.1. La innovadora Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios

---

*Artículo recibido el 05/06/2015; aceptado el 08/06/2015.*

- 4.2. El punto de inflexión de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado
- 4.3. El seguidismo de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local
- 4.4. La reiteración del legislador estatal sectorial con la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones
- 4.5. La aprobación desenfrenada de la normativa autonómica
- 5. La gran conquista del nuevo régimen de intervención administrativa en el derecho urbanístico: la primera ocupación y utilización de los edificios**
  - 5.1. La sustitución de la licencia por la declaración responsable o comunicación previa en algunas legislaciones urbanísticas autonómicas
    - 5.1.1. Canarias
    - 5.1.2. Cataluña
    - 5.1.3. Aragón
    - 5.1.4. Comunidad Valenciana
    - 5.1.5. Región de Murcia
  - 5.2. El paso atrás de Extremadura
  - 5.3. Crítica de la regulación autonómica y propuesta de supuestos de primera ocupación y utilización sujetos a licencia urbanística
    - 5.3.1. La primera ocupación y utilización parcial de los edificios
    - 5.3.2. La primera ocupación y utilización de los edificios y obras de urbanización
    - 5.3.3. La ocupación y utilización de edificios en situación asimilada a la de fuera de ordenación
    - 5.3.4. La primera ocupación de los edificios de vivienda de promoción libre

## Resumen

El presente estudio pretende ofrecer un relato cronológico del proceso de aplicación del régimen de intervención administrativa gestado en materia de actividades de servicios en el derecho urbanístico español. Desde su resistencia inicial, a su desembarco y su ulterior aplicación sin matices tanto por el legislador estatal como autonómico. Todo ello se intenta abordar con rigor jurídico y haciendo especial hincapié en aquellos aspectos problemáticos no resueltos debidamente por el legislador, así como subrayando el nuevo conflicto constitucional de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas y la debilitación de la autonomía local que ha traído consigo la implantación de este nuevo régimen de intervención administrativa. Y se finaliza con una exposición y análisis de la normativa urbanística autonómica que ha pasado a sujetar la pri-

mera ocupación y utilización de los edificios a técnicas de intervención *ex post*, como paradigma del desenlace final de este proceso, si bien con una propuesta de aquellos supuestos que entiendo deberían estar sujetos al régimen de licencia en virtud de los principios de necesidad y proporcionalidad.

Palabras clave: *intervención administrativa; régimen de autorización; licencia; declaración responsable; comunicación previa; principios de necesidad y proporcionalidad; conflicto constitucional de competencias; primera ocupación y utilización de los edificios.*

### **Chronicle of the arrival and conquest of the Services Directive in the Spanish urban planning law**

#### **Abstract**

*This article is a chronicle of the process of implementation of the Services Directive in the Spanish urban planning law in which can be observed the initial resistance to the new administrative supervision mechanisms, their subsequent arrival and their final application without qualification by the State and the Autonomous Communities legislators. The article pursues to address these issues from a rigorous legal perspective and emphasizes the questions unresolved by the legislator. Moreover, the article points out the new conflict regarding the distribution of competences between the State and the Autonomous Communities, as well as the weakening of the autonomy of local governments that entail the new mechanisms provided by the Services Directive. As a paradigm of this process, the article studies the Autonomous Communities urban planning law which now subject to ex post control the first occupation and use of buildings and other facilities. The article also offers some proposals in order to subject some cases to the traditional ex ante control (urban licenses or authorization regimes) according to the principles of necessity and proportionality.*

**Keywords:** administrative supervision; authorization regime; license; statement of responsibility; previous communication; principles of necessity and proportionality; constitutional conflict of competences; first occupation and use of building and facilities.

## 1

## El régimen de intervención administrativa afectado por el proceso de transformación del derecho administrativo

En el siglo pasado la actividad de policía administrativa, en su vertiente de técnicas de intervención sobre la actividad de la ciudadanía, se caracterizó por estar presidida plácidamente por el régimen de autorización<sup>1</sup>.

Sin embargo, con la entrada de este siglo, el régimen jurídico de las técnicas de intervención se ha visto en el epicentro del proceso de transformación al que ha estado sometido el derecho administrativo. Según CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR<sup>2</sup>, esta transformación se debe a la concurrencia de diversos acontecimientos, como la europeización del derecho administrativo, que se ha traducido en una intensa reestructuración organizativa y de la actividad administrativa, y que ha colocado al legislador del Estado miembro como mero ejecutor de las decisiones adoptadas por los órganos comunitarios; pero también a la profunda recomposición de las relaciones sociedad-Estado<sup>3</sup>, en el sentido de que, si bien se está produciendo un proceso de disminución del protagonismo interventor del Estado, no por ello conlleva una restricción del ámbito de aplicación del derecho público, ya que allí donde se detecte la presencia del interés general se deberá seguir aplicando este<sup>4</sup>.

1. En relación con la construcción doctrinal del régimen de autorización me remito a GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 13.<sup>a</sup> ed., 2013, en especial pp. 140-142. Y por lo que se refiere a su definición y naturaleza jurídica: VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L., *Principios de Derecho Administrativo*, Universidad Complutense, Madrid, 4.<sup>a</sup> ed., 1999, en especial pp. 76-77.

2. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público, en especial del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, 2014, pp. 11 a 44; en especial pp. 29 a 31. Si bien son varios los autores que se han referido a esta cuestión, entiendo interesante citar a PAREJO ALFONSO, L., *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España*, INAP, Madrid, 2012, en especial pp. 170 a 178.

3. Para MUÑOZ MACHADO, S., en *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Volumen IV: La actividad administrativa, Iustel, enero 2011, el nuevo orden de relaciones entre el Estado y la sociedad se basa en el binomio regulación-garantía, sobre el cual puede ordenarse la acción administrativa (pp. 491-492).

4. VELASCO CABALLERO, F., *Derecho público más derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014. Sobre la distinción entre derecho administrativo y derecho público, señala que el primero “se dirige a identificar y sustantivar un sector concreto del ordenamiento, el que dirige la actividad de la Administración Pública”, mientras que el segundo “se toma como una cualidad de las normas o sectores regulados que tienen la Administración Pública como organización de cumplimiento”, o “una forma de regulación de la eficacia de las normas” (p. 106).

El resultado de la transformación en el régimen jurídico de las técnicas de intervención administrativa se visualiza en los siguientes dos procesos<sup>5</sup>: la autorregulación, y la Directiva de Servicios 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como Directiva de Servicios<sup>6</sup>.

No nos centraremos en la autorregulación, por apartarse del propósito de este estudio, pero sí brevemente en la Directiva de Servicios, porque, tras más de ocho años desde su aprobación, ya existe perspectiva suficiente para afirmar que su texto ha reconfigurado la técnica de la intervención administrativa, en el sentido de que solo se admite el establecimiento de autorizaciones en casos excepcionales, si bien la propia Directiva no indica a los Estados miembros qué técnicas de intervención han de emplearse en su sustitución, por lo que ha sido calificada como norma desreguladora.

Recordemos pues que a partir de la Directiva el régimen de autorización solo se podrá aplicar cuando concurren las siguientes condiciones: que no sea discriminatorio para el prestador de que se trate, que su necesidad venga justificada por una razón imperiosa de interés general<sup>7</sup>, y que el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva (proporcionalidad), porque un control “a posteriori” se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz (considerando 54 y artículo 9.1)<sup>8</sup>.

## 2

### La formación del nuevo régimen de intervención administrativa en España

Con la correspondiente transposición de la Directiva de Servicios al derecho interno español se asientan las bases del nuevo régimen de intervención admi-

5. ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013. Además de estos dos procesos, el autor señala como otro ejemplo de gran flujo del Estado a la sociedad, en materia de actividad pública, la entrega al mercado y la exposición a la competencia entre operadores de los servicios públicos, en sus pp. 99 a 105.

6. Para conocer el proceso de elaboración de la Directiva me remito a JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2010, en especial su p. 38.

7. Definida en el artículo 4.8 de la misma Directiva de Servicios.

8. Sobre el régimen de intervención administrativa que prevé la Directiva me remito a QUADRA-SALCEDO JANINI, T. DE LA, “¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007 (pp. 237 a 280); en especial sus pp. 272 y 273.

nistrativa, que recae especialmente en los siguientes preceptos jurídicos que se pasan a analizar.

## 2.1

### Artículos 5 y 7 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (Ley “Paraguas”)

Como es sabido, la incorporación de la Directiva europea de Servicios al derecho interno español se realizó mediante una ley horizontal<sup>9</sup>, en concreto la citada Ley 17/2009 (en adelante, “Ley Paraguas”). Pues bien, el nuevo régimen de intervención administrativa basado en el carácter excepcional de los regímenes de autorización se cristaliza en su artículo 5, en virtud del cual solo serán admisibles cuando estén motivados suficientemente por ley –con lo que su redactado va dirigido al legislador estatal y autonómico–, y concurran las siguientes circunstancias: a) no discriminación; b) necesidad, es decir, “que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general”, en concordancia con el artículo 9 de la Directiva; y c) proporcionalidad, en el sentido de que la autorización sea el instrumento más adecuado y no existan otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el objetivo que se persigue, en particular cuando un control posterior sea demasiado tarde para ser realmente eficaz y además no sea suficiente con una comunicación o declaración responsable<sup>10</sup>.

Y en segundo lugar mencionar el artículo 7, por disponer que el prestador del servicio, cuando realiza “una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización”, podrá acceder a una actividad y

9. Apuntar que se planteó entre la doctrina la necesidad o no de acudir a instrumentos de armonización para transponer la Directiva al derecho interno español; entre sus partidarios, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 99/2009, de 18 de marzo de 2009 (p. 29), y CHOLBI CACHÁ, F. A. y MERINO MOLINS, V., “Comentario crítico sobre la Directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 7, 2010, pp. 1035 a 1065, en especial su p. 1038. En una posición intermedia, bajo fórmulas de consenso y coordinación, GÍFREU FONT, J., “La impronta de la Directiva de Servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 98, enero-abril 2014, pp. 169-213, en especial su p. 210. Y contrario a ello, JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno*, op. cit.; en especial, sus pp. 102 y 103.

10. En cuanto a este artículo 5, me remito al análisis que realiza sobre él PAREJO ALFONSO, L., “Las transformaciones en curso en la intervención administrativa de actividades: evolución, déficit y demandas regulatorias”, en AA. VV., *Autorizaciones y licencias, hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 21 a 39; en especial, su p. 24.

ejergerla por tiempo indefinido (artículo 7.1) y “en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales” (artículo 7.3). En relación con los establecimientos físicos, el artículo 7.3 en su párrafo tercero establecía, antes de su modificación –como luego se expondrá–, que podía exigirse autorización, comunicación o una declaración responsable cuando ello estuviera justificado por una razón imperiosa de interés general.

## 2.2

### **Las modificaciones legales introducidas por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (Ley “Omnibus”)**

Tras la aprobación de esta “Ley horizontal”, se pasó a transponer la Directiva europea de Servicios a la legislación sectorial estatal, mediante la citada Ley 25/2009, conocida como Ley “Omnibus”, si bien su alcance no se limitaba al libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, sino que tenía como fin trasladar el “nuevo” régimen de intervención administrativa a toda la normativa sectorial estatal mediante la modificación de las siguientes dos disposiciones legales.

### 2.2.1

#### **La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>11</sup>**

A pesar de que ya ha sido analizada por la doctrina, no podemos dejar de referirnos a la introducción del artículo 39 bis, cuyo contenido es aplicable a cualquier tipo de actividad y no solo a la de servicios, además de ir destinado directamente a las Administraciones Públicas que tienen que aplicar las técnicas de intervención. En concreto, se establece que las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas dirigidas a limitar el ejercicio de derechos individuales o colectivos

11. También se modificó el artículo 43 de la Ley 30/1992, con el fin de establecer que el silencio administrativo positivo pasara a ser la regla general para todo tipo de procedimiento administrativo terminado en un régimen de autorización, en concordancia con el artículo 13.4 de la Directiva y el artículo 6 de la Ley “Paraguas”, con lo que se admite el silencio desestimatorio como excepción “en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de derecho comunitario establezcan lo contrario”, y en determinados supuestos previstos en el propio artículo.

o a exigir el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) elegir la medida menos restrictiva; b) motivar su necesidad para la protección del “interés público”, concepto más amplio que el comunitario “razón imperiosa de interés general”; y c) justificar que el medio de intervención elegido es adecuado para alcanzar el “interés público”, sin producir diferencias de trato discriminatorias<sup>12</sup>.

Por su parte, el artículo 71 bis se ocupa de definir y caracterizar la técnica de intervención *ex post* llamada a sustituir al régimen de autorización como regla general. Así, en su apartado 1 se define la declaración responsable, y en su apartado 2 se hace lo propio con la comunicación previa. Comparando entre ambas, parece deducirse que la declaración responsable debe utilizarse cuando el interesado manifieste ante la Administración que cumple con la normativa aplicable; es decir, se reserva para los supuestos donde pueden verse afectados intereses públicos o de terceros. Tal interpretación viene respaldada además por el hecho de que la comunicación previa pueda presentarse “dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad” (apartado 3, párrafo segundo).

Pero tal distinción desaparece cuando en ambas figuras se admite que sus efectos jurídicos puedan ser inmediatos, pero también diferidos desde su presentación (apartado 3). En caso de ser inmediatos, producirán todos sus efectos desde su presentación, en virtud de una presunción de legalidad *iuris tantum* del derecho o facultad que se solicita reconocer o ejercer ante la Administración Pública. Mientras que, en el supuesto de efectos diferidos, su eficacia quedará supeditada a la posibilidad de que la Administración Pública ejercite un leve control previo en un breve plazo, y en caso de que no se ejercite comenzarán a producir todos los efectos<sup>13</sup>. Así lo considera también LÓPEZ MENUDO<sup>14</sup> cuando sostiene que se hace difícil diferenciar entre las dos

12. El principio de proporcionalidad recogido con carácter genérico en este artículo 39 bis de la Ley 30/1992 no es novedoso, porque ya se contenía en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, en especial en su artículo 6.

13. BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, “Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada ‘better regulation’”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 167, octubre-diciembre 2014, pp. 23 a 44. Plantea que, si existe una similitud entre la técnica del silencio administrativo positivo y la declaración responsable demorada, no comprende por qué en la primera se produce un acto declarativo de derechos que la Administración debe respetar, y en cambio, en la segunda, la ley solo permite ejercer el derecho o iniciar la actividad, pero sin reconocimiento de derecho subjetivo, cuando ambos regímenes jurídicos deberían ser asimilables.

14. LÓPEZ MENUDO, F., “La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, julio-diciembre 2010, pp. 111 a 149; en especial, pp. 127 y 128.

figuras, por atribuirles las mismas funciones y los mismos efectos jurídicos, lo que ha causado una confusión generalizada y que sean ambas exigidas de forma indistinta e intercambiable en las posteriores leyes estatales y autonómicas.

Pero quizás la cuestión que ha suscitado más polémica doctrinal, y sobre la cual este artículo 71 bis guarda silencio, es cómo quedan garantizados los derechos procedimentales de los terceros interesados en estas técnicas de intervención *ex post*, habida cuenta de que se caracterizan por ser actos unilaterales del titular de la actividad frente a la Administración, sin que exista posibilidad de dar audiencia a aquellos mediante los trámites de información pública o vecinal que sí se realizaban en el procedimiento de autorización<sup>15</sup>. En un primer momento TÁBOAS BENTANACHS<sup>16</sup> apuntó que en la práctica solo había dos vías posibles: acudir a los casos de inactividad del artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa o la denominada “provocación del acto” mediante solicitud al respecto y por transcurso del plazo supletorio para resolver y notificar. En relación con la primera vía, PALOMAR OLMEDA<sup>17</sup> precisa que una posible impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa tiene un encaje complejo en la definición de actividad impugnabile, y que además “plantea problemas adicionales en relación con

15. Interesante citar que el artículo 34.2 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, advierte que las medidas de simplificación administrativa no pueden suponer limitación alguna de los derechos y garantías que la legislación vigente reconoce a los ciudadanos y a terceras personas interesadas en cualquier procedimiento administrativo. Por otra parte, esta falta de previsión de participación de terceros en las técnicas de intervención *ex post* sintoniza con la desaparición de lo social y la vuelta a una sociedad de los individuos más propia del siglo XIX, lo que permite afirmar que se produce una deconstrucción de un régimen del que la autorización fue en su momento resultado de una evolución, según reflexiona ESTEVE PARDO, J, en “La deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la ley a la contractualización”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100 (ejemplar dedicado a: Homenaje Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo), mayo-diciembre 2014, pp. 1231 a 1239; en especial, p. 1236.

16. TÁBOAS BENTANACHS, M., “La proyección 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, en los ámbitos urbanístico y medioambiental”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 23, junio de 2010, pp. 61-77; en especial, p. 77.

17. PALOMAR OLMEDA, A., “El nuevo marco para el ejercicio de las actividades económicas. Títulos habilitantes y competencias”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dirs.), *El nuevo marco de ejercicio de las actividades económicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 1.ª ed., 2014, pp. 29 a 83; en especial, sus pp. 82 y 83. También se ha pronunciado sobre esta cuestión BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, “Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada ‘better regulation’”, *op. cit.*, pp. 41 a 43. Y también FONT I LLOVET, T. y PEÑALVER I CABRÉ, A., “La incidencia de la Directiva de Servicios en los entes locales”, en el monográfico “Los retos de la Directiva de Servicios”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, que apuntaron, como otra posible solución para tener en cuenta a los terceros, el articular medios de participación de forma previa a la presentación de la comunicación, en su p. 18.

los plazos de impugnación ante la inexistencia de una certeza o evidencia como es el acto matriz”. Ante esta situación, propone que para hacer viable la impugnación de terceros hay que provocar una notificación formal mediante la intimación a la Administración de una certificación de si el titular de la actividad presentó la declaración, a fin de que la respuesta administrativa habilite plazos procedimentales o procesales.

Puede anticiparse que esta problemática tampoco es afrontada en el Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>18</sup>, con lo que una posible solución que se propone sería obligar a los ayuntamientos a dictar una resolución administrativa, la denominada coloquialmente “toma de conocimiento”, a efectos de acordar que la declaración responsable o comunicación presentada es conforme a derecho tras la correspondiente verificación técnica de la documentación, con la ulterior obligación de publicarla por vía electrónica<sup>19</sup> en un apartado específico dedicado a tales fines, que vendría a asimilarse al perfil del contratante regulado en el artículo 53 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, a efectos de permitir el acceso público, la participación y la puesta en conocimiento, para facilitar su impugnación en caso de vulneración de derechos e intereses legítimos. Además entiendo que esta “toma de conocimiento” sería beneficiosa también para el promotor de la actividad, en el sentido de que le permitiría obtener la certeza jurídica de que lo comunicado o declarado se ajusta a derecho, tras pasar el filtro de los servicios técnicos municipales.

Por último, reseñar que se prevén gravosas consecuencias jurídicas en caso de que exista una trascendente “inexactitud, falsedad u omisión” en sus contenidos (apartado 4), y se conmina a las Administraciones Públicas a que publiquen sus modelos y faciliten el acceso para su utilización por la ciudadanía (apartado 5).

18. Este Proyecto de Ley ha sido publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales en fecha 18 de mayo de 2015, y no se prevé nada sobre la garantía de los derechos procedimentales de terceros que puedan resultar afectados con la presentación de declaración responsable o comunicación, según se desprende de su artículo 8: “Nuevos interesados en el procedimiento”, y su artículo 69: “Declaración responsable y comunicación”. En relación con este último precepto, sorprende el redactado de su apartado 3, al eliminar la referencia de que: “producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente”, que sí se contiene en el vigente artículo 71 bis, aunque no por ello entiendo que los efectos diferidos tras su presentación vayan a pasar a estar prohibidos.

19. Partidario de dar publicidad también a las comunicaciones previas y declaraciones responsables, a efectos de permitir la participación de posibles terceros afectados, es GALÁN I GALÁN, A., en su ponencia “Actividades comunicadas: régimen de responsabilidad y protección de terceros”, en la *Jornada sobre la intervención administrativa ante la comunicación previa y la declaración responsable*, celebrada en fecha 14 de abril de 2015 y organizada por la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

### 2.2.2

#### La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

Los medios de intervención locales sobre la actividad de los ciudadanos regulados en esta Ley han sido modificados hasta en tres ocasiones en tan solo cuatro años<sup>20</sup>. La primera consistió en dar una nueva redacción al artículo 84, en el sentido de delimitar el ejercicio de la técnica de licencia y actos de control preventivo al marco jurídico previsto en la Ley “Paraguas” (letra b); esto es, su necesidad vendrá justificada por “razones imperiosas de interés general” (en su redacción primitiva) y con respecto al principio de proporcionalidad, solo siendo posible establecerse mediante ley con la consiguiente reducción del principio de autonomía local, al quedar vetada la vía de la ordenanza.

Además se introduce una nueva letra c) a este artículo 84, a efectos de otorgar a las entidades locales dos medios más para intervenir la actividad de los ciudadanos: la comunicación previa o declaración responsable en el sentido del citado artículo 71 bis de la Ley 30/1992. Y se añade una letra d) para prever que el sometimiento a control posterior al inicio de la actividad pasa a ser considerado como medio de intervención local.

Por último, el apartado 2 del artículo 84 también fue modificado a efectos de exigir que la actividad de intervención local sea conforme a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue, es decir, conforme a los principios de la Directiva europea de Servicios y las leyes de transposición al derecho interno.

---

20. La primera modificación fue realizada por esta Ley “Omnibus”, luego una segunda por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y una tercera –y de momento última– por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

## 3

## El blindaje del derecho urbanístico ante el nuevo régimen de intervención administrativa

## 3.1

### El derecho urbanístico excluido del ámbito de aplicación de la Directiva europea de Servicios

Esta reconfiguración del régimen de intervención administrativa en materia de actividades de servicios, para luego afectar también a cualquier actividad de los ciudadanos con la introducción del citado artículo 39 bis de la Ley 30/1992 y de un nuevo artículo 84 bis de la citada Ley 7/1985<sup>21</sup>, en un primer momento pareció no repercutir en las técnicas de intervención del derecho urbanístico. Ello se debió a que el considerando 9 de la Directiva europea de Servicios establece que no es aplicable, entre otras, a “las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción”, a pesar de que tal exclusión no se reflejó en el artículo 2.2 relativo a las actividades no aplicables, y que además la “protección del medio ambiente y el entorno urbano” se enumera como una “razón imperiosa de interés general” en el artículo 4.8, si bien referido a la planificación urbana y rural<sup>22</sup>.

Como contrapunto a este considerando 9 de la Directiva, su Manual de Transposición elaborado por las Comunidades Europeas en el año 2007 establecía que tal exclusión no podía admitirse sin antes analizar si esas normas

21. El artículo 84 bis fue introducido por la citada Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con la finalidad de extender el nuevo régimen de autorización a cualquier tipo de actividad en el caso de las entidades locales, a diferencia de la Administración estatal y autonómica, a la que en esos momentos era de aplicación el citado artículo 39 bis de la Ley 30/1992, siendo tan solo común para las tres Administraciones Públicas el régimen de intervención de las actividades de servicios. Además, con este artículo 84 bis era la primera vez que el legislador estatal abandonaba el concepto comunitario de “razones imperiosas de interés general” por concretas y reducidas razones de interés general, que justificaban la necesidad de exigencia del régimen de autorización.

22. Sobre ello afirmaron RENYER I ALIMBAU, J., FONT I MONCLÚS, J. A., SABATÉ I VIDAL, J. M. y TORRES I NIERGA, J. (coord.), en *La Directiva de serveis i els ens locals de Catalunya. Criteris per a l'adaptació de la normativa local a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior*, Catèdra Enric Prat de la Riba d'Estudis Jurídics Locals, Universitat Autònoma de Barcelona, Associació Catalana de Municipis, septiembre 2010, que cualquier requisito previsto en la normativa de planeamiento que imponga restricciones cuantitativas o territoriales, y que no esté expresamente justificado en las razones imperiosas de interés general descritas (o que sean discriminatorios o desproporcionados), queda afectado por la Directiva de Servicios y por la Ley 17/2009 (véase la p. 57).

urbanísticas regulaban aspectos propios de las actividades de servicios, ya que en caso afirmativo sí que estarían dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva<sup>23</sup>.

Así las cosas, y ante el silencio de las leyes de transposición de esta Directiva europea al derecho interno español, lo cierto es que inicialmente el legislador sectorial estatal no extendió el régimen de intervención emergente en materia de actividades de servicios al urbanismo<sup>24</sup>, pese a que también surgieron voces autorizadas partidarias de incluir el urbanismo dentro del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>25</sup>.

### 3.2

#### El legislador urbanístico estatal corona a la licencia como el principal medio de intervención en materia urbanística

En plena discusión doctrinal de si el urbanismo estaba incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, el legislador estatal quiso zanjarla con una nueva modificación legal, con el objetivo de encumbrar a la licencia como el principal medio de intervención en el derecho urbanístico.

En este sentido, entiendo que no fue casual que, tras catorce años sin regular qué actos urbanísticos debían estar sujetos a previa licencia, para ser exactos desde que fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 61/1997, de 20 de marzo de 1997<sup>26</sup>, se decidiera aprobar el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público

23. Véase la p. 13 del citado Manual de Transposición.

24. A nivel de jurisprudencia, interesa citar la Sentencia núm. 303/2011, de 17 de febrero de 2011, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª (ponente: Ilma. Sra. Dña. Sara González de Lara Mingo), por llegar a esta misma conclusión en su FJ 11 *in fine*.

25. VIDA FERNÁNDEZ, J., “Materias excluidas de la Ley 17/2009: Derecho Penal, Derecho Laboral, Urbanismo, Medio Ambiente y Derechos culturales y lingüísticos”, en QUADRA SALCEDO, T. de la (dir.), *La ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi, enero 2010, afirmaba lo siguiente: “Lo que sucede es que la LLAASE [refiriéndose a la Ley ‘Paraguas’] no tiene por objeto establecer un nuevo orden urbanístico [...], pero puede afectar a la exigencia de los mismos cuando se exigen de forma directa, inmediata y decisiva para la prestación de una actividad de servicios. Por lo tanto se puede afirmar que la materia urbanística no está incluida en el objeto de la LLAASE pero se encuentra dentro de su ámbito de incidencia”.

26. Recordar que en su Sentencia núm. 61/1997 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 242.2 del texto refundido de la Ley de suelo de 1992, por aprobarse con eficacia supletoria cuando las comunidades autónomas tienen competencia exclusiva en materia de urbanismo [FJ 12.c)].

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 cuyo artículo 23 se establecía qué actos urbanísticos quedaban sujetos a licencia urbanística, y consecuentemente blindados ante cualquier intento de verse sometidos a técnicas de intervención *ex post*.

No obstante, este artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011 tuvo poco recorrido, ya que fue derogado por el apartado sexto de la disposición derogatoria única de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, si bien, con la modificación del apartado 8 del artículo 9 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, volvía a reproducirse su contenido en parecidos términos, salvo la no inclusión de la primera ocupación y utilización de los edificios, como luego veremos.

Así, el vigente artículo 9.7 establece que: “Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo”. Mientras que el apartado 8 del artículo 9 enumera toda una serie de actos urbanísticos que a criterio del legislador estatal deben estar sujetos a previa licencia<sup>27</sup>. Por tanto, con la nueva redacción del artículo 9, el legislador estatal pretendió ofrecer al régimen de autorización un último refugio en el derecho urbanístico, cuya entrada parecía vedada para la comunicación previa o declaración responsable; y, dado su carácter básico, el legislador urbanístico autonómico se veía obligado a respetarlo.

Por otra parte, este artículo 9.8 prevé también el silencio administrativo negativo en caso de vencimiento del plazo fijado para otorgar la autorización previa<sup>28</sup>.

27. De su lectura veo discutible que sea el legislador estatal quien establezca la sujeción a licencia de: “a) Movimientos de tierras, explanaciones”, habida cuenta de que no es propiamente un acto de edificación, con lo que resulta difícil argumentar que la determinación de su régimen de intervención le corresponde a efectos de garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos de la propiedad urbana, para emplear los mismos términos que el Tribunal Constitucional, sino a las comunidades autónomas.

28. Sobre el silencio administrativo negativo en materia de urbanismo, reseñar que ya se preveía en el derogado artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, y que el mismo ha generado mucha polémica entre la doctrina, al contradecir la regla general del silencio positivo recogida tanto en el artículo 6 de la Ley “Paraguas” como en el artículo 43 de la Ley 30/1992, además de contradecir también el silencio positivo establecido en algunas leyes urbanísticas autonómicas, como por ejemplo el artículo 154.5 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid.

## 4

### El desembarco del nuevo régimen de intervención administrativa en el derecho urbanístico

Finalmente, esta resistencia inicial a considerar que el urbanismo estaba incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva se ha visto vencida por el desembarco del nuevo régimen de intervención administrativa, mediante una aprobación de sucesivas disposiciones legales que ha liderado el legislador estatal en aras de intentar garantizar un marco legal común homogéneo, pero que ha traído consigo el planteamiento de nuevos conflictos competenciales –como desde un primer momento advirtió la doctrina<sup>29</sup>–, y al cual nos iremos refiriendo en pequeñas pinceladas.

En efecto, es a finales de 2012 cuando el legislador estatal comienza a aplicar de forma explícita el nuevo régimen de intervención administrativa al urbanismo, en el convencimiento de que, para una eficaz reducción de trabas administrativas para el establecimiento y ejercicio de actividades de servicios, se requería también una sustitución de la licencia por la comunicación previa o declaración responsable en las obras y actos urbanísticos, relacionados con las instalaciones, infraestructuras o locales donde se fueran a ejercer tales actividades<sup>30</sup>. Con este fin, el legislador estatal aprobó toda una serie de disposiciones legales, siendo quizás las más significativas las que a continuación se pasan a analizar.

29. Sobre este nuevo conflicto competencial, GIFREU FONT, J., en “La impronta de la Directiva de Servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *op. cit.*, sostiene que: “El conjunto de normas de carácter básico que ha dictado el Estado en su estrategia anticrisis y de recuperación de la economía tienen un común denominador: la imposición de una concreta técnica de intervención urbanística en diversos supuestos en ejercicio de unos mismos títulos competenciales (art. 149.1.1.º, 13.º y 18.º CE) con desconocimiento de las competencias urbanísticas de las comunidades autónomas. La modulación de las competencias autonómicas y la tendencia a la recentralización son características comunes de este cuerpo normativo y son vistas como un mal necesario al objeto de establecer un entorno económico que favorezca el emprendimiento, la expansión empresarial y la inversión” (pp. 209 a 211).

30. QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA, en “Corporaciones locales y defensa del interés general en la intervención en actividades y servicios”, *Anuario de Derecho Municipal 2012*, Madrid, 2013 (pp. 63 a 99), entiende que ello no se deducía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de la propia Directiva de Servicios (pp. 67 a 70).

## 4.1

### La innovadora Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios

La Ley 12/2012 constituye legislación básica estatal, y su importancia radica en que es la primera Ley sectorial de actividades que extiende el régimen de inexigibilidad de las licencias al ámbito de las obras, como se reconoce ya en su Preámbulo: “afecta también a todas las obras ligadas al acondicionamiento de estos locales que no requieran de la redacción de un proyecto de obra de conformidad con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”.

En efecto, en su Título I se prevén toda una serie de medidas aplicables para las actividades comerciales y minoristas y para la prestación de los servicios enunciados en el anexo I, siempre que se ejerciten en establecimientos permanentes y cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 300 m<sup>2</sup>, según establecía su artículo 2.1<sup>31</sup>. Pues bien, la medida más importante, a nuestros efectos, se observa en el artículo 3.3, por contener la inexigibilidad de licencia para la realización de las obras ligadas al acondicionamiento de los locales para desempeñar la actividad comercial, cuando no requieran de la redacción de un proyecto de obra de conformidad con el artículo 2.2 de la citada Ley de Ordenación de la Edificación, con la salvedad de las obras de edificación, que en todo caso estarán sujetas a licencia previa (artículo 3.4). Téngase en cuenta que BELTRÁN AGUIRRE<sup>32</sup> apunta que su aprobación correspondería adoptarla a las comunidades autónomas, por carecer de título de competencia el Estado, ya que no se está regulando el régimen jurídico, sino qué técnica de intervención debe elegirse.

Las licencias, tanto de instalación como de funcionamiento, apertura, obras, o cualquier otra similar o análoga para este tipo de actividades, cuando concurren los citados requisitos previstos legalmente, pasan a ser sustituidas por la presentación de declaraciones responsables o comunicaciones

31. Este límite fijado en el artículo 2.1 ha sido modificado hasta en dos ocasiones: primero por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en el sentido de fijarlo hasta los 500 m<sup>2</sup>, a la vez que se ampliaba el número de actividades previstas en el anexo de la Ley; y después por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que deja ese límite, a fecha de hoy, en 750 m<sup>2</sup>.

32. BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La incidencia en el ámbito urbanístico de las nuevas técnicas de intervención administrativa. La Ley 12/2012, de 26 de diciembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio 2013, en su p. 11 (en su formato electrónico).

previas, reguladas en el citado artículo 71 bis de la Ley 30/1992 (artículo 4 Ley 12/2012)<sup>33</sup>.

Por otra parte, destacar que la *disposición adicional tercera*, bajo el título: “Instalaciones de redes públicas de comunicaciones electrónicas”, establece que las disposiciones contenidas en el Título I de esta Ley –se insiste: entre ellas, la inexigibilidad de licencias– son aplicables a “las estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público”. Si bien se contempla la siguiente excepción: “que concurren las circunstancias referidas en el artículo 2.2 de esta Ley, ocupen una superficie superior a 300 metros cuadrados, computándose a tal efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de la estación o instalación o, tratándose de instalaciones de nueva construcción, tengan impacto en espacios naturales protegidos”.

## 4.2

### El punto de inflexión de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado

Por razones de espacio no se hará un análisis pormenorizado del articulado de esta Ley, por lo que solo nos detendremos en examinar las decisivas modificaciones que se introducen en el régimen de intervención administrativa.

Con este propósito se pasa a realizar toda una serie de comentarios relevantes desde un punto de vista jurídico, empezando por su Preámbulo, en el cual se justifica la necesidad de aprobar esta disposición legal en base a que “la fragmentación subsiste en el mercado español”<sup>34</sup>, y para evitarlo se pretende materializar la unidad de mercado dentro del territorio español. Con este fin, el artículo 20 “positiviza” el principio de eficacia en todo el territorio

33. Conviene puntualizar que a esta Ley 12/2012 se le ha introducido un nuevo Título III: “Régimen sancionador por incumplimiento de las medidas para el inicio y ejercicio de la actividad comercial y de determinados servicios”, mediante la disposición final quinta de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

34. Contrario a esta consideración del legislador estatal es MUÑOZ MACHADO, S., “Prólogo”, en ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 29 a 42, al sostener que: “no puede decirse seriamente que no exista unidad de mercado económica en el Estado español y que su mercado esté fragmentado en tantas piezas como comunidades autónomas. [...] estas regulaciones múltiples no implican rupturas de unidad de mercado sino que son la simple consecuencia de una manera de entender constitucionalmente la organización del Estado, que habilita a las entidades territoriales para producir una legislación que, por razón de la diversidad de su origen, es lógico que también sea parcialmente heterogénea” (p. 35).

nacional, salvo las autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física.

Además se extienden los principios de la Ley “Paraguas” a todos los sectores de la economía, como se proclama en su Preámbulo: “Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios [...] y a la circulación de productos”. Tal propósito se concreta en el artículo 2, que, bajo el título “Ámbito de aplicación”, es inequívoco: “Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas [...]”, sin distinciones.

Mención especial merece el hecho de que la Ley acentúa el papel residual del régimen de autorización y además extiende su aplicación al urbanismo sin matices, de ahí que se afirme que esta Ley representa un punto de inflexión dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Ya en su Preámbulo se afirma que: “La autorización es el medio de intervención que más limita el acceso a una actividad económica y su ejercicio” (apartado II)<sup>35</sup>. Y bajo esta premisa, el artículo 5.1 contiene la exigencia de que cualquier limitación al acceso a una actividad económica o a su ejercicio deberá motivarse en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general. Por su parte, el apartado 2 modula el principio de proporcionalidad, al exigirse que el medio de intervención elegido sea el menos restrictivo para la actividad económica.

Pero la Ley también se ocupa de regular cómo deben aplicarse estos principios de necesidad y proporcionalidad en el régimen de autorización, mediante su artículo 17.1, al disponer que podrá exigirse autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, y además venga motivada suficientemente su aplicación por ley. Por tanto, este precepto va destinado tanto al legislador estatal, si bien como simple ley ordinaria, como al autonómico, al que le resulta de obligado cumplimiento por tratarse de un precepto básico. En cualquier caso, no se permite que una norma con rango inferior a la ley establezca un régimen de autorización, salvo que previamente se exija por norma comunitaria o tratado internacional, con lo que la Administración local deberá esperar la previa habilitación legal para establecerlo.

A continuación el artículo 17.1, en su letra a), aplica estos principios de necesidad y proporcionalidad respecto a los operadores económicos, con lo

35. La regulación de los medios de intervención en esta Ley ha sido estudiada por SOSPEDRA NAVAS, F. J., “La Ley de garantía de la unidad de mercado: Urbanismo”, en ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, op. cit., pp. 499 a 536.

que extiende la aplicación restrictiva del régimen de autorización a cualquier actividad económica<sup>36</sup>.

Pero a los efectos de nuestro trabajo debemos centrarnos en la letra b) del artículo 17.1, al incidir directamente en la materia de urbanismo, en concreto en la exigencia de autorización cuando se deban ejecutar obras de “instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas”. De su redactado deducimos que ya no se prevé ningún límite objetivo que garantice su sujeción a licencia, como sí lo hacía el artículo 3.4 de la Ley 12/2012, lo que no deja de sorprender si se tiene en cuenta que aquí no se refiere a locales de una determinada superficie, sino a todo tipo de instalaciones e infraestructuras físicas. En efecto, con este artículo 17.1.b) ya solo se podrá exigir régimen de autorización cuando las obras sean “susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico”, con el remate final, que estas razones no queden a resguardo con alguna técnica de intervención *ex post*.

Así pues, vemos cómo se abandona la expresión “razón imperiosa de interés general” empleada por la Directiva de Servicios y por la Ley “Paraguas”, incluso por el artículo 5 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, porque con este artículo 17 los principios de necesidad y proporcionalidad que permiten aplicar el régimen de autorización se circunscriben solo a las razones de interés general transcritas en el párrafo anterior, que si bien no son las mismas, siguen el criterio introducido por la citada Ley de economía sostenible cuando introduce el artículo 84 bis de la Ley 7/1985, con lo que se equiparan en cierta medida los regímenes de intervención estatal, autonómico y local.

En definitiva, parece obvio que con este artículo 17.1.b) se intenta resquebrajar el blindaje de la licencia urbanística para las obras de construcción de “instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas”.

Por otra parte, la disposición final segunda de esta misma Ley modifica la Ley “Paraguas”, en concreto sus artículos 5 y 7.3, en el sentido de que el régimen de autorización administrativa ya no está justificado en el concepto amplio de “razón imperiosa de interés general”, sino en las mismas razones del citado artículo 17.1.

36. Téngase en cuenta que el artículo 22.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales ya había sido modificado por el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, con el fin de permitir la aplicación del régimen de intervención de la Ley “Paraguas” a la apertura de establecimientos industriales y mercantiles.

En relación con la presentación de una declaración responsable para las “instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas”, el artículo 17.2 establece que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir su presentación cuando: “en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados”; consecuentemente, con clara vocación de ser el medio de intervención a emplear con carácter general. Primero porque ya no es preceptivo que se exija en una norma con rango de ley, y segundo porque se recupera el criterio de que su necesidad venga justificada en “alguna razón imperiosa de interés general”.

Por su parte, en el artículo 17.3 se regula la exigencia de la comunicación cuando las autoridades competentes necesiten conocer, por alguna razón imperiosa de interés general, el número de instalaciones o infraestructuras físicas en el mercado, siguiendo así el papel secundario que parece atribuirle el artículo 71 bis de la Ley 30/1992. Y por último el artículo 17, en su apartado 4, recuerda que una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad solo podrá elegirse un único medio de intervención en virtud de la minimización de las cargas administrativas.

Por último debemos referirnos a que este artículo 17 ha ocasionado un nuevo conflicto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Sobre ello ALONSO MAS sostiene que tal regulación es constitucional, ya que, al “acotar las razones por las que se puede exigir un régimen de autorización [...] contribuye a garantizar dicha igualdad en todo el territorio nacional; en la medida en que impide que en unas comunidades autónomas unas determinadas razones imperiosas de interés general justifiquen un régimen de autorización y no así en otras”; y tal razonamiento –prosigue la autora– encuentra amparo en “el art. 149.1.1 CE cuya finalidad consiste en establecer unas condiciones básicas que garanticen en todo el territorio nacional la igualdad en el ejercicio de la libertad de empresa”<sup>37</sup>.

Sin embargo, las dudas sobre su constitucionalidad ya surgieron desde el mismo Dictamen núm. 631/2013 del Consejo de Estado, de fecha 26 de junio de 2013, dictado sobre el Anteproyecto de esta Ley, en concreto en el Voto particular del consejero permanente D. Enrique Alonso García, por considerar que este artículo 17.1 atentaba muy gravemente contra la autonomía constitucional de las comunidades autónomas. Y lo cierto es que tal tesis ha sido

37. ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J., “El nuevo régimen de los instrumentos de intervención de las entidades locales y la unidad de mercado”, en DOMINGO ZABALLOS, M. J. (coord.), *Reforma del régimen local: la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Aranzadi, 2014, pp. 439 a 476.

la premonición de la interposición de dos recursos de inconstitucionalidad<sup>38</sup>, uno promovido por el Parlamento de Cataluña (núm. 1397-2014) y el otro por el Consejo de Gobierno de Andalucía (núm. 1454-2014), ambos admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional en su Providencia de 8 de abril de 2014<sup>39</sup>.

### 4.3

#### El seguidismo de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

Como la aplicación del régimen de intervención administrativa depende en última instancia de los ayuntamientos, el legislador estatal quiso reflejar en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, mediante la modificación introducida por esta Ley 27/2013, el nuevo criterio que justificara el régimen de autorización en las obras e instalaciones físicas para el ejercicio de actividades económicas que imponía la citada Ley de garantía de la unidad de mercado.

Con este objetivo se añade un nuevo apartado 2 al artículo 84 bis, a efectos de disponer que solo será exigible autorización cuando lo establezca

38. Véase el Dictamen del *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* núm. 5/2014, de fecha 14 de febrero de 2014, en especial su FJ II (p. 45). También véase el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 193/2014, de 19 de marzo de 2014, en especial su FJ III, punto 3. De la lectura de los dictámenes autonómicos, en base a los cuales se han interpuesto los citados recursos de inconstitucionalidad, se llega a la conclusión de que el conflicto principal reside en que con la entrada en vigor de la Ley estatal de garantía de la unidad de mercado se constriñen severamente las opciones de empleo de los medios de intervención en materia económica, limitando la autorización a supuestos tasados que no concuerdan con el principio de necesidad y proporcionalidad que la Directiva europea de Servicios y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea identifican con una razón imperiosa de interés general, definida de forma abierta y amplia en el artículo 4.8 en la misma Directiva. Es decir, razones imperiosas de interés general que conforme a la Directiva de Servicios justificarían un régimen de autorización, con la Ley de garantía de la unidad de mercado no lo harían.

39. Sobre este conflicto de competencias, VELASCO CABALLERO, F., “Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 1.ª ed., 2014, pp. 75-136, sostiene que, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña: “El juicio de constitucionalidad es más simple. Consiste en valorar –únicamente– si cada norma estatal impugnada es o no reconducible a la competencia básica estatal, sin más precisiones. [...] se ha producido una mutación en la metodología de enjuiciamiento: si un precepto estatal es materialmente calificable como básico ya no hace falta atender a si en alguna comunidad autónoma (ni siquiera la recurrente) esa regulación afecta a una competencia exclusiva autonómica. [...] en mi opinión, banaliza la posición jurídica de los estatutos de autonomía” (p. 81).

una ley que “defina sus requisitos esenciales”, y además “las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico”, con el remate final “y resulte proporcionado”. En este mismo artículo se concreta la aplicación del principio de proporcionalidad, mediante una serie de criterios que sirven para determinar y evaluar si concurre un riesgo en las instalaciones que justifique su sujeción a un régimen de autorización. En concreto son: “a) La potencia eléctrica o energética de la instalación; b) La capacidad o aforo de la instalación; c) La contaminación acústica; d) La composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración; e) La existencia de materiales inflamables o contaminantes; f) Las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico”<sup>40</sup>.

Así pues, que solo sea posible exigir autorización previa por ley estatal o autonómica, reabre la polémica de si se produce un menoscabo a la autonomía local por quedar vedada la utilización de la ordenanza municipal, además de una posible reproducción del enfrentamiento entre la competencia exclusiva del Estado del artículo 149.1.18 de la Constitución y las razones de interés general que, conforme a la Directiva de Servicios, permitirían exigir régimen de autorización y sean atribuidas a las comunidades autónomas como competencia exclusiva sectorial, pero que, en cambio, no están recogidas en este artículo 84 bis<sup>41</sup>.

40. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Liberalización y simplificación administrativa”, en FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A. (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2013. ¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la Ley 27/2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Públic, Barcelona, junio 2014, pp. 151 a 201, considera que estos criterios van dirigidos a la potestad normativa local a la hora de establecer la autorización cuando se lo permita el legislador sectorial (p. 178).

41. NOGUEIRA LÓPEZ, A., “El régimen de intervención local en las actividades privadas”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, op. cit., pp. 341 a 363, es favorable a que la legislación sectorial autonómica pueda someter a autorización local instalaciones o infraestructuras, para garantizar otro tipo de intereses generales que enumera la Directiva de Servicios y que entren dentro del ámbito competencial autonómico, ya que de lo contrario considera que se vulnera el orden constitucional de reparto de competencias (p. 354). No obstante, PÉREZ GARCÍA, M. L., en “La aplicación diferenciada o asimétrica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en las distintas comunidades y ciudades autónomas (y en dos municipios: Madrid y Barcelona)”, *Revista Gabilex* (Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha), Número Extraordinario con motivo de las XXVII Jornadas de Letrados de las Comunidades Autónomas (en homenaje a D. Luis Ortega), mayo 2015, apunta que: “Aunque parte de la doctrina entendió que las nuevas normas estatutarias lógicamente debían delimitar la comprensión amplia y uniforme de la competencia estatal sobre ‘bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas’, en su proyección específica sobre el régimen local, la más reciente jurisprudencia constitucional parece decantarse porque en materia local solo caben competencias autonómicas de desarrollo”, y cita como ejemplo la STC 161/2013, de 26 de septiembre. Por mi parte añadir que el artículo 84 bis ha sido impugnado por el Gobierno de Canarias ante el Tribunal

#### 4.4

### La reiteración del legislador estatal sectorial con la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones

Como si no fuera suficiente con que el legislador estatal estableciera que el nuevo régimen de intervención administrativa es aplicable a cualquier actividad económica, lo cierto es que este desuso del régimen de autorización se vuelve a reiterar en la normativa sectorial de las telecomunicaciones. Así se remarca con vehemencia en el Preámbulo de la Ley 9/2014: “Con el mismo objetivo de facilitar el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, se procede a una simplificación administrativa, eliminando licencias y autorizaciones por parte de la administración de las telecomunicaciones para determinadas categorías de instalaciones que hacen uso del espectro” (apartado III).

Esta purgación de la autorización se concreta en el artículo 34.6, en su párrafo primero, al establecer que rige la inexigibilidad de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, pero también la de obras, cuando concurra el supuesto previsto en la citada disposición adicional tercera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre.

Tampoco en dominio privado será exigible la obtención de ninguna licencia, siempre y cuando la Administración haya aprobado un plan de despliegue o instalación de red de comunicaciones electrónicas presentado por el operador, en el que se contemplen dichas infraestructuras o estaciones en virtud del artículo 34.6, párrafo segundo<sup>42</sup>.

---

Constitucional, que acordó admitir el recurso de inconstitucionalidad número 2043-2014 mediante providencia de 27 de mayo de 2014, si bien el Consejo Consultivo de Canarias acordó, en su Dictamen 172/2014 de 8 de mayo de 2014, que tal precepto jurídico era constitucional en base al razonamiento de que: “la supresión de licencias u otro medio de control preventivo para el ejercicio de actividades previstas en el nuevo artículo 84 bis puede incardinarse dentro de las bases del régimen local, en tanto que referido a las competencias locales. [...] Fundamentado en el art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE, el mismo título competencial ampara la nueva regulación del art. 84 bis LBRL, por lo que el precepto no merece reproche de inconstitucionalidad” (p. 46).

42. Tal precepto jurídico ha sido impugnado por la Generalitat de Cataluña mediante recurso de inconstitucionalidad núm. 709-2015, siendo de especial interés citar el Dictamen 22/2014, de 3 de noviembre, del Consell de Garanties Estatutàries, sobre la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, por concluir que vulnera las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y de urbanismo previstas en el artículo 149.1 y 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña [FJ Segundo B), pp. 29-30].

## 4.5

### La aprobación desenfundada de la normativa autonómica

El régimen de comunicación previa o declaración responsable ya se aplicaba como medio de intervención en el derecho urbanístico autonómico<sup>43</sup>, pero en los últimos años se ha visto una intensificación de la simplificación de procedimientos en este, en forma de sucesivas y nutridas disposiciones autonómicas<sup>44</sup>.

En efecto, y siguiendo la estela del legislador estatal, se ha reducido el ámbito de aplicación del régimen de autorización en el derecho urbanístico autonómico, y en muchas ocasiones se ha realizado a través de normas jurídicas no urbanísticas que tenían por objetivo transponer la Directiva al territorio autonómico, en una demostración clara de lo lejos que queda ya la consideración de que el urbanismo no forma parte de su ámbito de aplicación.

Por citar unos ejemplos, en Andalucía se aprobó el Decreto 327/2012, de 10 de julio, por el que se modifican diversos decretos para su adaptación a la normativa estatal de transposición de la Directiva de Servicios, y, entre ellos, se modificaba el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía. O en el País Vasco se aprobó la Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, modificándose por ejemplo diversos artículos de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo.

En el caso de Aragón se aprobó la Ley 4/2013, que modificaba la Ley 3/2009 de Urbanismo, y que contenía las siguientes reveladoras palabras en el primer párrafo de su Preámbulo: “Por último, se advierte la necesidad de adaptar la Ley de Urbanismo de Aragón a la regulación derivada del cam-

43. Sobre la regulación de la comunicación previa o declaración responsable en las legislaciones urbanísticas autonómicas, citar de entre todas ellas, por ejemplo, las siguientes: Cataluña: artículo 96 del Decreto 179/1995 y artículo 187.4.d) del texto refundido de la Ley de urbanismo; Madrid: artículo 156 de la Ley 9/2001 del suelo; País Vasco: artículo 207.5 de la Ley 2/2006 del suelo y urbanismo; Baleares: artículo 136.2 de la Ley 2/2014 de ordenación y uso del suelo; o Valencia: artículo 214 de la Ley 5/2014, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje.

44. VAQUER CABALLERÍA, M., “Las licencias de obras”, en AA. VV., *Autorizaciones y licencias, hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios, op. cit.*, pp. 43-88, pone de manifiesto que “ninguna de estas reformas es genuinamente innovadora de nuestro ordenamiento. El principio de proporcionalidad ya se expresaba de forma preclara en el artículo 6.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 y la comunicación previa sustituye desde hace años a la autorización administrativa para algunas obras menores en varias comunidades autónomas” (p. 54).

biente panorama normativo estatal y la necesidad de incorporar el espíritu 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, recogiendo la normativa vigente en materia de licencias urbanísticas e incorporando la figura de la declaración responsable y de la comunicación previa”.

O por último, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, se aprobó la Ley 7/2014, de 12 de septiembre, de Medidas sobre Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana, y sobre Sostenibilidad, Coordinación y Simplificación en Materia de Urbanismo, en cuya Exposición de Motivos se afirma que: “En sintonía con la evolución general de las técnicas de control administrativo en el contexto europeo, la licencia como tal se reserva para los actos de uso del suelo más relevantes, regulándose para los demás el régimen de declaración responsable, lógicamente más sencillo, sin perjuicio de permitir la reacción del ayuntamiento ante eventuales incumplimientos de la normativa” (apartado VIII).

## 5

### **La gran conquista del nuevo régimen de intervención administrativa en el derecho urbanístico: la primera ocupación y utilización de los edificios**

#### 5.1

#### **La sustitución de la licencia por la declaración responsable o comunicación previa en algunas legislaciones urbanísticas autonómicas**

Si en algún trámite urbanístico se ha hecho notar la imposición del nuevo régimen de intervención gestado en materia de actividades de servicios, ha sido en la primera ocupación y utilización de los edificios. Tradicionalmente ha estado sujeto a licencia en base a los importantes efectos prácticos que se derivan de su obtención, porque con ella se puede ocupar y utilizar un edificio de nueva construcción, además de permitir la inscripción de las escrituras públicas de declaración de obras nuevas terminadas en el Registro de la Propiedad, así como realizar la contratación definitiva de los servicios de agua, electricidad, gas y demás<sup>45</sup>.

45. Un estudio exhaustivo de la primera ocupación y utilización de las edificaciones en: CANO MURCIA, A., *Manual de licencias de ocupación y primera utilización. Comentarios, legislación, jurisprudencia y formularios*, El Consultor de los Ayuntamientos (LA LEY), Madrid, 1.ª ed., abril 2012.

No obstante, en algunas legislaciones urbanísticas autonómicas han sustituido la licencia por las técnicas de control *ex post*, por lo que si hasta ahora habíamos atribuido al legislador estatal el liderazgo de la simplificación de procedimientos, aun a riesgo –como hemos visto– de invadir competencias autonómicas, en este caso han sido algunas comunidades autónomas las que han tomado la iniciativa. Así, ya son cinco las que han establecido por ley que la primera ocupación y utilización de los edificios pase a estar sujeta a una técnica de intervención *ex post*, siendo admitido también por el legislador urbanístico estatal con la reforma de los artículos 9 y 20 del texto refundido de la Ley de suelo por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas<sup>46</sup>.

Pero pasemos a analizar, por orden cronológico de modificación, la regulación de estas comunidades autónomas que aplican una técnica de intervención *ex post*<sup>47</sup>.

### 5.1.1 Canarias

- Régimen de intervención: declaración responsable.
- Modificación legal introducida por: Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, que introduce el artículo 166 bis en el Decreto Legislativo 1/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias.
- Eficacia: inmediata.
- Documentación a presentar: el “certificado de finalización de obra firmado por técnico competente, en el que se acredite la adecuación de la actividad o instalación al proyecto presentado conforme a la normativa urbanística, ordenanzas municipales, a la legislación sectorial aplicable

46. Este artículo 9, en su apartado 9, admite que la primera ocupación o utilización de las edificaciones pueda estar sujeta a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, y elimina cualquier obstáculo legal para que la normativa autonómica pueda establecerlo. Por su parte, el artículo 20.1.b) establece que la presentación de la comunicación previa o declaración responsable será título suficiente para inscribir las escrituras de declaración de obra nueva terminada en el Registro de la Propiedad, además de reconocer que aquellas puedan tener efectos diferidos.

47. Un estudio más detallado de las legislaciones urbanísticas autonómicas que sujetan la primera ocupación y utilización de los edificios a un régimen de intervención *ex post* se realiza en mi artículo: “El nuevo régimen de intervención administrativa de la primera ocupación y utilización de los edificios; de previa licencia a comunicación previa o declaración responsable”, *Revista Práctica Urbanística*, núm. 129, julio 2014, La Ley, pp. 12 a 28.

[...]”. En relación con las viviendas, este certificado final de obras también deberá reflejar: “la adecuación de las condiciones de habitabilidad establecidas para el proyecto edificatorio en el informe técnico previsto en el artículo 166.5 de este texto refundido, según se establezca reglamentariamente”.

### 5.1.2 Cataluña

- Régimen de intervención: comunicación previa según artículo 187.5 del Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo<sup>48</sup>, excepto para la primera ocupación parcial, que está sujeta a licencia en virtud del posterior Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística (artículo 5.2 en relación con el artículo 71.2.b).
- Modificación legal introducida por: Ley 3/2012, de 22 de febrero, que introduce un nuevo artículo 187.5 en el citado Decreto legislativo 1/2010 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, que se complementa con las novedades introducidas por el citado Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística.
- Eficacia: si bien en un primer momento era inmediata según el texto refundido de la Ley de urbanismo, el artículo 75.2 del posterior Reglamento establece que tendrá eficacia diferida, esto es, cuando haya transcurrido un mes desde su presentación.
- Documentación a presentar: se debe adjuntar “certificación del facultativo director”, y acreditar “la fecha de finalización de las obras y de que estas se han efectuado de acuerdo con el proyecto aprobado o con las modificaciones posteriores y las condiciones impuestas, y que la edificación está en condiciones de ser utilizada”.

Sobre que haya sido una disposición reglamentaria la que haya modificado sustancialmente el régimen de comunicación previa regulado por el texto refundido de la Ley, en el sentido de exigir licencia en la primera ocupación parcial y de que sus efectos pasen a ser diferidos, considero

48. Resaltar que este precepto jurídico estuvo casi un año suspendido con motivo de que el Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 6777-2012, promovido por el Gobierno central, y que luego fue levantada la suspensión por el propio Tribunal Constitucional, mediante Auto de 19 de noviembre de 2013, tras la derogación del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011 por la citada Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

que se incurre en un vicio de nulidad, por cuanto el régimen de autorización solo puede establecerse por una norma con rango de ley.

### **5.1.3** **Aragón**

- Régimen de intervención: declaración responsable.
- Modificación legal introducida por: Ley 4/2013, de 23 de mayo, que modificó el artículo 231 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, si bien tal disposición legal ha sido derogada por el Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, pasándose a regular, en idénticos términos, en su artículo 227.2.d).
- Eficacia: inmediata.
- Documentación a presentar: la prevista para cualquier declaración responsable urbanística según artículo 227.3 del citado Decreto Legislativo 1/2014.

### **5.1.4** **Comunidad Valenciana**

- Régimen de intervención: declaración responsable.
- Modificación legal introducida por: Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, en su artículo 214.d).
- Eficacia: inmediata.
- Documentación a presentar: la prevista para cualquier declaración responsable urbanística según artículo 222.2 de la citada Ley 5/2014.

### **5.1.5** **Región de Murcia**

- Régimen de intervención: declaración responsable.
- Modificación legal introducida por: Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, en su artículo 264.2.c).
- Eficacia: inmediata.

- Documentación a presentar: la prevista para cualquier declaración responsable urbanística según artículo 264.4 de la citada Ley 13/2015.

## 5.2

### El paso atrás de Extremadura

Mediante la Ley 12/2010, de 16 de noviembre, de impulso al nacimiento y consolidación de empresas en la Comunidad Autónoma de Extremadura, se modificó la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de dicha Comunidad Autónoma, en concreto su artículo 172.g), para pasar a sujetar la primera ocupación a comunicación previa con efectos diferidos, habida cuenta de que para ocupar o utilizar la edificación se tenía que esperar 15 días desde su presentación.

Pero recientemente se ha aprobado la Ley 10/2015, de 8 de abril, que vuelve a modificar la citada Ley 15/2001, con el fin de dejar de sujetarla al régimen de comunicación previa en ese artículo 172, además de darle una nueva redacción al artículo 184.1.a) a efectos de someterla a la licencia de usos y actividades, sin que en ningún momento se justifique tal decisión por parte del legislador autonómico extremeño<sup>49</sup>.

En suma, vemos cómo, en menos de cinco años, hasta en dos ocasiones se ha modificado el régimen de intervención administrativa de la primera ocupación y utilización de los edificios, en un claro ejercicio de penelopismo legislativo que acaba desincentivando hasta al ayuntamiento más entusiasta en la aplicación de cualquier novedad legislativa.

## 5.3

### Crítica de la regulación autonómica y propuesta de supuestos de primera ocupación y utilización sujetos a licencia urbanística

De la exposición de esta normativa urbanística autonómica debe concluirse que se ha obtenido una simplificación de procedimientos, porque el promotor ya puede ocupar y utilizar el edificio una vez presentada la documentación sin

---

<sup>49</sup>. En el apartado 2 de la Exposición de Motivos se señala que esta modificación se realiza para evitar contradicciones con la normativa estatal y evitar innecesarios trámites burocráticos previos, cuando precisamente con la primera ocupación se hace todo lo contrario, porque la Ley urbanística estatal ya prevé que pueda estar sujeta a comunicación previa, además de dejar de aplicar la simplificación de procedimientos.

tener que esperar la autorización municipal expresa, salvo en Cataluña, donde sus efectos son diferidos.

Pero, bajo mi criterio, es censurable que a un trámite urbanístico con tanta trascendencia en la práctica se le modifique su régimen de intervención sin afrontar la problemática de la viabilidad de impugnación por parte de terceros, cuando en este caso concurren intereses heterogéneos<sup>50</sup>, o también sin especificar la documentación concreta que se debe adjuntar con la presentación de la comunicación previa o declaración responsable, siendo al final cada ayuntamiento quien lo decida de forma discrecional, llegándose a la paradójica conclusión de que ni en el ámbito territorial de una misma comunidad autónoma queda armonizado y uniformizado este concreto procedimiento urbanístico.

Así pues, una cosa es afirmar –y lo suscribo– que parece razonable que en determinados casos la primera ocupación y utilización esté sujeta a una técnica de intervención *ex post*, por entender que queda garantizado el cumplimiento de la legalidad urbanística por el control previo del ayuntamiento en el otorgamiento de la licencia de obras, sobre todo si además viene avalado por un certificado final de obra expedido por el técnico competente. Y otra bien distinta es que la normativa autonómica la sujete a una técnica de intervención *ex post* sin aplicar ni modular los principios de necesidad y proporcionalidad, o dicho en otros términos, sin analizar si los intereses públicos y privados concurrentes en cada caso quedan suficientemente protegidos, o si es el instrumento más adecuado por resultar eficaz un control posterior.

Porque si el legislador autonómico hubiese realizado esta tarea previa antes de decidir el medio de intervención a aplicar, comprobaría que pueden existir supuestos de primera ocupación y utilización en que quede justificada su sujeción a licencia por concurrir razones imperiosas de interés general que no quedan a resguardo en un medio de intervención *ex post*; en concreto, se proponen los siguientes.

---

50. Es frecuente que la impugnación en sede jurisdiccional de una licencia de primera ocupación sea promovida por el comprador o por terceros que se consideran perjudicados en su concesión, con lo que el ayuntamiento y el promotor pueden concurrir como partes codemandadas [Sentencia núm. 890/2013, de 26 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup> (ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Ramírez Sineiro)]. Además, no se olvide que en materia urbanística existe el reconocimiento de la acción pública regulada en el artículo 48 del texto refundido de la Ley de suelo.

### 5.3.1

#### La primera ocupación y utilización parcial de los edificios

Ciertamente no en todas las legislaciones urbanísticas autonómicas se reconoce la posibilidad de conceder una primera ocupación y utilización parcial de un edificio<sup>51</sup>. Pero en caso de admitirse entendería proporcionado que se exigiera la obtención de una licencia, antes de ocupar o utilizar parcialmente una parte del edificio cuando la obra del mismo aún no está finalizada, porque previamente resulta necesario, en términos empleados por la jurisprudencia, controlar si esa parte del edificio “reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y si puede habilitarse para el uso que se destina”.

Y esto es precisamente lo que hace el citado artículo 5.2 del Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística de Cataluña, someter la primera ocupación y utilización parcial del edificio a previa licencia, con independencia –como ya se ha dicho– de considerar incorrecta la utilización de la vía reglamentaria.

### 5.3.2

#### La primera ocupación y utilización de los edificios y obras de urbanización

La normativa urbanística ha venido admitiendo que con la primera ocupación del edificio, de forma simultánea, el promotor entregue la total ejecución de las obras de urbanización que afectan a ese edificio<sup>52</sup>. Y que en caso de que las obras de urbanización estuvieran inacabadas o incorrectamente ejecutadas no se concedería la primera ocupación y utilización de los edificios, según reiterada jurisprudencia<sup>53</sup>.

Por tal motivo, en este caso considero que la primera ocupación debería estar sujeta a un régimen de autorización, puesto que antes de ocupar o utilizar

51. Así lo pone de manifiesto CANO MURCIA, A., en *Manual de licencias de ocupación y primera utilización...*, *op. cit.*, al afirmar que en varias comunidades autónomas no se admite la primera ocupación y utilización parcial de los edificios (pp. 48 y 49).

52. El artículo 41.2 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, ya establecía que: “No se permitirá la ocupación de los edificios hasta que no esté realizada totalmente la urbanización que afecte a dichos edificios y estén en condiciones de funcionamiento los suministros de agua y energía eléctrica y las redes de alcantarillado”.

53. Por todas ellas se cita la Sentencia de 25 de noviembre de 1997 dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª (ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero), en especial su FJ Cuarto.

la edificación se requiere que los servicios técnicos municipales comprueben que el edificio tiene los servicios urbanísticos necesarios o que se han hecho las correspondientes obras de urbanización de uso generalizado (por ejemplo aceras), porque en caso de no ejercerse este control previo existe un riesgo probable de incurrir en responsabilidad patrimonial municipal.

### 5.3.3

#### **La ocupación y utilización de edificios en situación asimilada a la de fuera de ordenación**

La primera ocupación suele tener por objeto comprobar la adecuación de la obra ejecutada al proyecto para el que fue concedida la licencia municipal de obras o edificación, con lo que se presupone la ejecución de obras antes de solicitarla o comunicarla según a qué régimen de intervención administrativa esté sujeta. No obstante, pueden haber casos en que se solicite o comunique la ocupación y utilización del edificio sin que previamente haya sido necesario ejecutar obras, como reconoce el artículo 13.1.d) del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, o también el artículo 33.3 de la Ley 3/2004, de 30 de junio, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación, de la Comunidad Valenciana.

En efecto, para la jurisprudencia tal supuesto se caracteriza por edificios que en su momento se construyeron de forma ilegal en relación con el planeamiento urbanístico vigente, pero que no pueden ser objeto de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, o sea demolidos, por cuanto la infracción ya ha prescrito, no impidiéndose su ocupación o utilización por parte de su propietario, si bien solo podrá realizar las obras de reparaciones estrictamente necesarias<sup>54</sup>.

Así pues, como en este caso debe existir un trabajo previo de verificación consistente en constatar que contra esa edificación ilegal ha prescrito cualquier acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, y además que la misma pueda ser ocupada o utilizada, entiendo necesaria y proporcionada su sujeción a previa licencia.

---

54. Así lo considera también SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. F., “La concesión de licencias de ocupación o utilización para las edificaciones en régimen asimilado al de fuera de ordenación en Andalucía”, en *Trabajos de Evaluación de la Revista Digital del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI)*, núm. 20, julio a septiembre de 2013, pp. 1-28; en especial, p. 21.

### 5.3.4

#### La primera ocupación de los edificios de vivienda de promoción libre

A la vista del vigente marco jurídico que se ha expuesto a lo largo de este trabajo, parece razonable que la ley urbanística autonómica establezca que la primera utilización de los edificios destinados al ejercicio de una actividad quede sujeta al régimen de una técnica de intervención *ex post*. En cambio, para los edificios destinados a vivienda, entiendo que su primera ocupación debería estar sometida al régimen de autorización, sobre todo cuando en algunas comunidades autónomas ya ha sido suprimida la cédula de habitabilidad<sup>55</sup>.

En este sentido, entiendo que existen razones imperiosas de interés general que sustentan el anterior razonamiento, en concreto la salud pública, que justifica que antes de ocupar la vivienda sea necesario comprobar que reúne las mínimas condiciones de salubridad e higiene, porque un control posterior sería ineficaz, por resultar muy complicado subsanar cualquier irregularidad una vez ocupado el edificio. Sin olvidar que en este caso es frecuente que los derechos e intereses de terceros se puedan ver afectados, ya que muchas pretensiones de resolución de compra de viviendas son instadas por compradores en base a que el promotor no ha obtenido la licencia de primera ocupación<sup>56</sup>, siendo esta cuestión –como hemos visto– no resuelta por las técnicas de intervención *ex post*. Otra cosa bien distinta, y rebatible jurídicamente, es que se recurra la licencia de primera ocupación de viviendas para alegar la invalidez de la predecesora norma urbanística o licencia de obras<sup>57</sup>.

Sin embargo, en las viviendas de protección oficial parecería suficiente una comunicación previa al ayuntamiento, o directamente proceder a su su-

55. Caso de Canarias (artículo 172.2 del citado Decreto Legislativo 1/2010) o Aragón (disposición final primera del Decreto 60/2009, de 14 de abril).

56. Sobre esta cuestión me remito a SÁEZ-SANTURTÚN, J., “Licencia de primera ocupación y resolución de la compra”, en la sección Práctica Jurídica de la *Revista Bimestral del Ilustre Colegio Notarial de Madrid: El Notario del Siglo XXI*, núm. 52, publicado el 17 de diciembre de 2013. Se puede consultar en el siguiente link: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-52/practica-juridica/3613-licencia-de-primera-ocupacion-y-resolucion-de-la-compra>. Última consulta: 4 de junio de 2015.

57. Esto mismo ocurre en la Comunidad de Madrid, donde se están recurriendo numerosas licencias de primera ocupación como consecuencia de la nulidad del Plan General de Ordenación Urbana de 1997 en virtud, en última instancia, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012. Sobre ello me remito a GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., “Los recursos contra las licencias de primera ocupación”, en RECUERDA GIRELA, M. Á., (dir.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2015*, Civitas, 2015, pp. 625 a 632; en especial, su p. 631.

presión –como sostiene BELTRÁN AGUIRRE<sup>58</sup>–, por cuanto en estos casos existe un intenso control administrativo concretado en la calificación provisional y definitiva, siendo la función de esta última comprobar que las obras ejecutadas se ajustan a la licencia de obras y a la calificación provisional. Por tal motivo, exigir también la licencia de primera ocupación podría ser una duplicidad y una carga administrativa innecesaria para el promotor, si bien así se exige en determinadas normativas autonómicas, como en el caso de Andalucía<sup>59</sup>.

---

58. BELTRÁN AGUIRRE, J. L., en “Intervención administrativa en la edificación y uso del suelo en Navarra: propuesta de incorporación de los nuevos modos de de control ulterior”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 57, enero-junio 2014, pp. 53 a 105, sostiene que no tiene sentido mantener la primera ocupación en las promociones de viviendas de protección oficial, ya que considera que es suficiente con la cédula de calificación definitiva. Pero también es partidario de suprimir, con carácter general, la licencia de primera ocupación por la cédula de habitabilidad (pp. 90 y 91). Conviene añadir que la Ley Foral 5/2015, de 5 de marzo, de medidas para favorecer el urbanismo sostenible, la renovación urbana y la actividad urbanística en Navarra, que modifica la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, sigue sujetando la primera ocupación a licencia de conformidad con su artículo 189.2.h).

59. En concreto, el artículo 34.2 *in fine* del Decreto 149/2006, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas Protegidas de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se desarrollan determinadas disposiciones de la Ley 13/2005.



QDL38

**Ponencias,  
crónicas y  
notas**

# Els drets reals en l'ordenament jurídic català: anàlisi de la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, relativa al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya

JOAN MANEL ABRIL CAMPOY

*Magistrat de la Sala Civil i Penal del Tribunal  
Superior de Justícia de Catalunya*

- 1. El llibre cinquè del Codi civil de Catalunya: la seva incidència en les administracions locals**
- 2. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) en relació amb els drets reals: recurs extraordinari de cassació i àmbits examinats**
- 3. Usucapció i immissions. Límits i limitacions**
- 4. Drets reals limitats: el dret de retenció, i el dret de servitud de llums i vistes**
  - 4.1. El dret de retenció
  - 4.2. El dret real de servitud. Menció especial a la servitud de llums i vistes
- 5. La propietat horitzontal**
  - 5.1. Terminis per a la impugnació dels acords. Càmput del termini des de la notificació
  - 5.2. Realització d'obres en elements comuns. Els pressupòsits del consentiment tàcit
  - 5.3. Exercici del dret a la supressió de barreres arquitectòniques
  - 5.4. Activitats prohibides. Acció de cessament de les activitats molestes

---

*Article rebut el 23/03/2015; acceptat el 25/05/2015.*

## Resum

El present article analitza la incidència de la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya respecte de la titularitat de drets reals per part de les administracions locals. Així, si bé existeixen restriccions pròpies de la configuració del recurs de cassació com a extraordinari, que impedeixen l'accés a la cassació si no concorre l'interès cassacional, el Tribunal Superior ha tingut ocasió de pronunciar-se en diferents àmbits. Així, esdevé necessari ressenyar tres blocs diversos, en els que la tasca jurisprudencial ha estat rellevant: en primer terme, pel que fa a la diferència entre els límits i limitacions del domini, ara anomenats en el llibre cinquè restriccions i, sobretot, en la configuració de les relacions de veïnatge i en l'estudi de les immissions. En segon terme, l'examen de concrets drets reals limitats en els quals el Tribunal ha tingut ocasió d'establir doctrina, com són el dret de retenció o el dret de servitud, i, dins d'aquest darrer, en les servituds de llums i vistes. I, en tercer terme, la regulació catalana de la propietat horitzontal ha generat un important cos doctrinal que ha anat superant les disfuncions que la norma presentava, a la vegada que ha fixat criteris que han superat les interpretacions diverses que havien portat a terme les audiències provincials, i s'ha aconseguit així la funció pnomofilàctica, pròpia del recurs de cassació.

*Paraules clau: llibre cinquè del Codi civil de Catalunya; recurs extraordinari de cassació; funció pnomofilàctica; usucapió; límits; limitacions; restriccions; relacions de veïnatge; immissions; dret de retenció; dret real de servitud; servituds de llums i vistes; propietat horitzontal.*

***Property rights in the Catalan legal system: analysis of the case-law of the Superior Court of Justice of Catalonia regarding the Fifth Book of the Civil Code of Catalonia***

## Abstract

*This article studies the impact of the case-law of the Superior Court of Justice of Catalonia regarding the property rights of local governments. Despite of the limited access to the Superior Court because of the exceptionality of the cassation appeal, the Superior Court has issued several judgments in different fields. In this context it could be pointed out three fields in which the case-law is relevant: (1) the diffe-*

*rences between the concepts of “limits” and “limitations” of property rights, now called in the Fifth Book “restrictions”, and especially the regulation of neighborhood relationships and immissions; (2) the regulation of some property rights such as the retention and the easement, and regarding the latter the easement of lights and views; and (3) the Catalan regulation on condominium property where the case-law has faced the dysfunctions of the legislation and has launched homogeneous criteria for all inferior courts.*

**Keywords:** Fifth Book of the Civil Code of Catalonia; cassation appeal; homogenization of interpretation; acquisitive prescription; limits and limitations; restrictions; neighborhood relationship; immissions; right to retention; right to easement; easement of lights and views; condominium property.

## 1

### **El llibre cinquè del Codi civil de Catalunya: la seva incidència en les administracions locals**

El llibre cinquè (Llei 5/2006, de 10 de maig) efectua una regulació dels drets reals i del fenomen possessori que, si bé parteix del dret català d'origen romà i medieval, el modernitza en allò necessari i regula de nou institucions, com la possessió, o la propietat horitzontal. Aquesta tasca es porta a terme, segons es preveu en el Preàmbul, d'una banda, en consonància amb el principi de llibertat civil que comporta la previsió de la regulació dels drets reals com a subsidiària, i, de l'altra, es parteix del caire del dret civil català com a dret comú a Catalunya:

*La regulació del llibre cinquè, tot i que manté, actualitzades profundament, institucions tradicionals en el dret català, algunes d'ascendència romana, com són l'usdefruit i els seus diminutius o les servituds, i d'altres d'origen medieval, com són els drets de cens o la mitgeria, posa l'accent en els aspectes més innovadors, com són una regulació breu i ordenada del fet possessori i de les seves conseqüències jurídiques, una regulació dels límits i les limitacions de la propietat conforme a la cultura jurídica actual, la regulació de la propietat horitzontal com a instrument que facilita l'accés al dret fonamental a l'habitatge o la regulació dels drets de superfície, de vol o d'opció.*

*Aquest codi parteix dels principis bàsics de llibertat civil, que es manifesta deixant a l'autonomia de la voluntat un camp molt ampli d'actu-*

*ació en la constitució i la configuració dels drets reals limitats i de les situacions de comunitat, en la limitació dels drets de tanteig i de retracte legals als casos indispensables i en l'establiment d'una regulació dels drets reals limitats que gairebé sempre és subsidiària del pacte entre les parts; de protecció dels consumidors i, en general, de les persones en situació de necessitat, que es manifesta sobretot en la normativa de la propietat horitzontal i en tot allò que té relació amb la regulació dels edificis amb una pluralitat d'habitatges; de la bona fe, que es presumeix sempre i que es manifesta en la regulació de la possessió, dels títols d'adquisició i de l'accessió i, en general, en el fet que mai no s'atorga protecció jurídica a qui actua de mala fe; de promoció de la seguretat jurídica preventiva, que es manifesta en la utilització equilibrada dels instruments notariais i dels registres públics en els supòsits en què l'interès públic i la transcendència dels interessos de tercers en fa aconsellable l'ús; i de la funció social de la propietat, que es manifesta en la regulació amb caràcter general de les restriccions al dret de propietat i de les relacions de veïnatge i en la superació del principi d'unanimitat en la gestió de les situacions de comunitat.*

*Finalment, aquest Codi té molt present que les seves disposicions tenen caràcter de dret comú a Catalunya. Per això, quan és pertinent, subratlla la seva profunda imbricació amb la normativa, sovint qualificada d'administrativa, que configura la propietat moderna, tan imbuïda de la seva funció social, com és el cas de les normes urbanístiques o d'habitatge, agràries, forestals i mediambientals, i del patrimoni cultural.*

L'anàlisi de les institucions de drets reals a Catalunya es projecta necessàriament sobre les administracions locals, tota vegada que aquestes, com a titulars de drets reals i dels seus modes d'adquisició, esdevenen subjectes de l'aplicació del llibre cinquè. I més si es pren en consideració que la determinació del dret aplicable en matèria de drets reals (l'anomenada estàtica patrimonial) es fixa, en consonància amb allò que preveu l'article 10.1 del Codi civil estatal (*cf.*: article 149.1.8 CE, que estableix com a competència estatal la determinació del dret interregional i internacional privat), per la llei del lloc on es trobin els béns (*lex rei sitae*).<sup>1</sup>

1. Artículo 10.

1. La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen.

La misma ley será aplicable a los bienes muebles.

[...]

## 2

## La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) en relació amb els drets reals: recurs extraordinari de cassació i àmbits examinats

Malgrat les consideracions anteriors, que permeten projectar l'aplicació de les institucions relatives als drets reals a les administracions locals, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya solament ha pogut establir doctrina en relació amb determinats drets reals i amb les seves formes d'adquisició, en funció de les limitacions del recurs extraordinari de cassació.

En aquesta òptica d'idees, encara que la voluntat del legislador català quan regula el recurs de cassació en el dret civil de Catalunya (Llei 4/2012, de 5 de març) és preveure que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya pugui establir jurisprudència sobre tot el dret català, i per això s'elimina l'accés a cassació només quan la controvèrsia supera una determinada quantia, existeixen restriccions per a l'accés a la cassació que, si no es compleixen en el supòsit concret, no possibiliten que el Tribunal Superior pugui, en tots els casos, pronunciar-se sobre el fons.

En efecte, la Llei 4/2012, de 5 de març, així com els criteris de la Sala Civil i Penal de 22 de març de 2012, exigeixen per a l'admissió del recurs de cassació que existeixi interès cassacional.<sup>2</sup> En aquest sentit, el recurrent ha d'establir el nucli jurídic de la cassació, i ha d'indicar la *ratio decidendi* de la sentència de la Sala d'apel·lació i com aquesta ha infringit els preceptes del dret civil de Catalunya. A més, esdevé necessari que s'identifiqui l'interès cassacional, consistent en la vulneració de la doctrina del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya o bé, si no existeix aquesta, en la inexistència de doctrina al respecte. Això significa que, en el supòsit d'infracció de la jurisprudència, s'ha d'indicar com, quan i de quina manera la Sala d'apel·lació ha vulnerat la doctrina de la Sala, i especificar la similitud dels relats històrics del supòsit concret en relació amb els pronunciaments que integren la jurisprudència de la Sala. I, per al cas d'absència de doctrina del Tribunal Superior, es requereix que s'identifiqui el concret problema jurídic o d'interpretació respecte del qual no existeix doctrina i en què consisteix la doctrina que es vol que la Sala estableixi. En el sentit del text, les interlocutòries de la Sala

2. Quant a l'interès cassacional, vegeu, en relació amb el recurs de cassació que s'interposa davant del Tribunal Suprem, els criteris de la Sala Primera de 30-12-2011; BONET NAVARRO, À., *Los recursos en el proceso civil*, Edilex, Las Rozas, 2000; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, Civitas, Madrid, 2002, pàg. 157 i seg., i *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Aranzadi, Elcano, 2004; i MONTERO AROCA, J. i FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, València, 2001.

Civil i Penal de dates 8-11-2012 i 10-12-2012 han posat en relleu aquests pressupòsits per a l'admissió del recurs de cassació. En concret, en la primera d'elles es pot llegir:

*Hay que tener en cuenta que tanto el recurso de casación como el de infracción procesal son recursos extraordinarios ya que el principio de tutela judicial efectiva se satisface con las dos instancias ordinarias, y que conforme a reiterada doctrina del TS [...] como de esta propia Sala [...] en el escrito de interposición del recurso de casación intentado por la vía del interés casacional, además de expresarse clara e inexcusablemente la infracción legal que se pretenda denunciar, con cita de los concretos y correspondientes preceptos legales de derecho sustantivo que se estimen infringidos por el Tribunal de apelación, debe describirse también el interés casacional –que ha de estar directamente relacionado con la infracción legal denunciada (ATS 1.ª 30 sept. 2003 –rec. 852/03–), de manera suficientemente clara y precisa como para poder ejercer adecuadamente el control de la admisión, tanto por la Audiencia Provincial como, fundamentalmente, por el Tribunal de casación, sin que las omisiones o carencias que al respecto se observen en dicho escrito puedan luego subsanarse en el escrito de alegaciones previsto en el art. 483.3 LEC.*

*La descripción del concreto interés casacional del recurso de casación requiere, por lo tanto, la expresión de cuál es el concreto o los concretos pronunciamientos de la sentencia de apelación que se combaten, cuál es la ratio decidendi que, motivo por motivo, fundamenta dichos pronunciamientos en la resolución impugnada y en qué medida aquellos y esta constituyen una vulneración de los preceptos legales de derecho sustantivos citados como infringidos a la luz de la jurisprudencia que los interpreta o bien qué sentido debe darse a un precepto legal cuando no exista jurisprudencia sobre la cuestión jurídica controvertida.*

Mentre que a la darrera d'elles la Sala Civil determina que:

*Així, interposat un recurs de cassació per interès cassacional esdevé necessari que concorrin dues exigències segons els articles 2 i 3 de la Llei de cassació 4/2012. En primer terme, cal que en el recurs de cassació es citi el concret precepte legal que es considera vulnerat pel tribunal d'apel·lació i, en segon terme, s'escau que el recurs de cassació presenti interès cassacional. L'interès cassacional s'ha de descriure de manera clara i adequada per tal que es pugui portar a terme el control d'admissió, ja sigui per l'Audiència Provincial com pel Tribunal de cassació. I, en aquest ordre d'idees, la identificació de l'interès cassacional pel recurrent requereix, per una banda, l'expressió dels concrets pronunciaments de la sentència d'apel·lació*

*que s'impugnen i de quina manera aquests vulneren els preceptes legals que es citen com a infringits. I, per l'altra, si la impugnació de la sentència es justifica en la contradicció amb la jurisprudència que resulta de sentències reiterades del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya o del Tribunal de Cassació cal que s'argumenti i es raoni, en relació amb cadascun del motius de cassació, com, quan i en quin sentit s'ha vulnerat o infringit la jurisprudència. Si la impugnació de la sentència es fonamenta en l'absència de jurisprudència d'aquesta Sala caldrà que la part recurrent identifiqui amb claredat, per cada motiu del recurs, quin és el problema jurídic o d'interpretació de la norma que s'ha plantejat en el litigi sobre el qual no hi ha jurisprudència, i per a l'aclariment del qual, en aquell cas i en d'altres de semblants, cal la formació de doctrina.*

Aquestes consideracions posen de manifest que, d'una banda, el caire pnomofilàctic del recurs de cassació impedeix configurar l'accés a la cassació com una tercera instància, atès que el mateix s'adreça a cercar l'exègesi correcta de les normes, i a eliminar els desacords jurisdiccionals que puguin existir en l'aplicació del dret, per aconseguir la unitat interpretativa de l'ordenament jurídic; i, d'altra banda, que les exigències de l'accés a la cassació, i el rigor de la tècnica cassacional, no possibiliten que es pugui formar doctrina sobre tots els problemes que poden concórrer en les diferents institucions dels drets reals, sinó solament quan dins l'àmbit del recurs de cassació, contemplat com a recurs extraordinari, es pot portar a terme la funció pnomofilàctica abans descrita.

De conformitat amb les consideracions que s'acaben d'exposar, encara que el llibre cinquè dels drets reals conté una regulació completa i acurada dels drets reals en el dret civil de Catalunya, solament determinades institucions han estat objecte d'atenció per part del Tribunal Superior, algunes d'elles per la problemàtica que, de manera reiterada, es planteja en relació amb les mateixes, com és el cas de les immissions o de les servituds de llums i vistes, altres, atesa la novetat de la regulació i l'absència de jurisprudència al respecte, com ha succeït en el cas de la nova regulació catalana de la propietat horitzontal, modificada recentment pel legislador català, i, a vegades, per problemes puntuals d'interpretació de les normes, com ha esdevingut en matèria de dret de retenció, de la delimitació entre els anomenats límits i limitacions o d'usucapció com a mode d'adquisició del domini i drets reals. Conseqüentment, l'objecte d'aquesta exposició s'haurà de limitar a donar notícia de la doctrina establerta en relació amb aquestes institucions, en la mesura que poden afectar les administracions locals com a titulars de drets reals a Catalunya.

## 3

**Usucapió i immissions. Límits i limitacions**

Quant als modes d'adquisició i, en concret, respecte d'un mode d'adquisició originari com és la prescripció adquisitiva o usucapió, que preveuen els articles 531-23 a 29 del Codi civil de Catalunya, el Tribunal Superior de Justícia ha tingut ocasió d'establir doctrina en relació amb la mateixa. La principal doctrina que s'ha format, tant amb l'anterior normativa vigent com amb l'actual, incideix en un aspecte essencial com és la inversió o interversió del concepte possessori. Així, si bé la usucapió requereix l'existència, durant el temps que marca la llei, de la possessió pública, pacífica, ininterrompuda i a títol d'amo, les STSJC de 15-06-2008, 22-12-2011, 11-06-2012, 15-10-2012, 15-04-2013 i 30-05-2013 han posat en relleu que en la interpretació de l'article 521.1 CCC l'*animus domini* s'ha d'exterioritzar, i no n'hi ha prou amb una intenció volitiva, sinó que cal que es mostri a l'exterior mitjançant els actes adequats (v. gr., posar els béns a nom seu en els registres administratius), però no opera de manera automàtica ni presumible. En aquest sentit, la STSJC de 15 de juny de 2008, relativa a l'anterior article 342 CDCC, ensenya que cal que es provi un inici possessori en el concepte d'amo, de manera que si es posseïa en un altre concepte, caldrà provar la inversió o interversió possessòria. Aquesta mutació de l'*animus* s'haurà d'exterioritzar de manera adequada mitjançant un comportament no clandestí, sense que la mutació es pugui entendre produïda de manera automàtica (STSJC 16/1996, de 23 de maig, i 25/1996, de 10 d'octubre) ni es pugui presumir (STSJC 23/2002, de 29 de juliol). Així, es va afirmar que:

*La “possessió a títol d'amo” no es un concepto puramente subjetivo o intencional, por lo que no basta la pura motivación volitiva representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso, además, el elemento objetivo o causal consistente en la existencia de “actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico”, es decir “actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios” (STSJC 16/2003 de 19 may.) [...] Darse de alta como propietario del inmueble ante organismos oficiales podría considerarse relevante a efectos de justificar la interversión del título posesorio, pero, en cambio, pagar los impuestos contra recibos extendidos a nombre de anteriores propietarios podría no ser concluyente (STSJC 25/1996 de 10 oct.); residir en un inmueble podría no ser determinante, puesto que “no es algo que socialmente sea exclusivo de los propietarios” (STSJC 16/2003 de 19 may.), como tampoco poseer las llaves (STSJC 36/1999 de 23 dic.).*

I la STSJC de 15 d'octubre de 2012, amb referència a les resolucions judicials anteriors de la Sala, en el mateix sentit del text indicava que:

*Declaramos en la STSJC 30/2011, de 27 de junio, que la disposición transitoria segunda de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, establece que la usucapión iniciada antes de la entrada en vigor del Libro V—debe entenderse, lógicamente, no consumada también anteriormente— se rige por las normas del mismo, excepto en lo que se refiere a los plazos, que son los establecidos en el art. 342 de la Compilación. Añadimos en dicha sentencia que “[...] poseer en concepto de titular no es poseer creyéndose dueño, sino que a la tenencia de la cosa debe unirse un concreto animus domini materializado a través de actos externos. Lo que es, pues, más relevante es como se exteriorice este ánimo, esto es, como se comporte el poseedor de cara al exterior, de forma que según el estándar o modelo de comportamiento dominical, el sentido razonable de esta conducta suscite en los demás la creencia que el poseedor es dueño [...]”. Y en la 28/2008, de 15 de julio, que la posesión a título de dueño no es un concepto puramente subjetivo o intencional, por lo que no basta la pura motivación volitiva representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso, además, el elemento objetivo o causal consistente en la existencia de actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, examinándose, seguidamente, la interversión del concepto posesorio o mutación del animus, adecuadamente exteriorizada mediante un comportamiento no clandestino y probada sin que dicha mutación pueda entenderse producida automáticamente ni presumirse.*

Abans de la vigència del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, la doctrina acollia la distinció entre límits i limitacions en relació amb el dret de propietat. Des d'aquesta òptica, era freqüent posar de manifest que mentre els límits constituïen el contorn ordinari del dret o, si es prefereix, de manera més gràfica, la seva delimitació, les limitacions significaven ablacions al seu contingut essencial. D'aquí que, mentre els primers no requerien un acte exprés de constitució ni generaven cap mena d'indemnització, tota vegada que dissenyaven el contingut ordinari del dret, les limitacions, per contra, suposaven una restricció rellevant del contingut del dret que necessitava un acte de constitució, i generaven dret a indemnització.

El Codi civil de Catalunya alterna la terminologia emprada amb el concepte de restricció. En aquesta línia d'idees, el primer dels articles que s'ocupen de la funció social del dret de propietat (article 541-2) ja exposa que: “*Funció social.* Les facultats que atorga el dret de propietat s'exerceixen, d'acord amb la seva funció social, dins dels límits i amb les restriccions que estableixen les lleis”. En els articles 545-1 a 545-5 es diferencia entre les res-

triccions en interès públic i privat, establertes per les lleis, i les restriccions determinades pels particulars, en interès privat. Dins de les restriccions en interès privat, fixades per les lleis, es troben les relacions de veïnatge i les situacions de comunitat, mentre que les restriccions derivades de l'autonomia de la voluntat, anomenades també limitacions voluntàries (article 545-2), constitueixen els drets reals limitats.

En el sentit del text, la sentència d'aquesta Sala, de data 22 de juliol de 2013, avala la distinció entre restriccions en interès públic i privat i la concepció de les primeres com a delimitació del contingut del dret de propietat, i entén que la instal·lació de subministrament elèctric i de gas respon a aquesta concepció i, per tant, exclou l'exercici de l'acció negatòria:

*El capítol VI disciplina les restriccions de l'exercici del domini conforme a la funció social. Allí s'afirmava que si les restriccions s'efectuen per les lleis, constitueixen els límits del dret de la propietat si són en interès de la comunitat. En canvi, si són en interès dels particulars indeterminats, constitueixen limitacions. Així mateix, s'estableix que les restriccions afecten la disponibilitat o l'exercici del dret i no necessiten un acte exprés de constitució ni generen dret a indemnització. Front a aquestes, les restriccions que s'estableixen per l'autonomia de la voluntat en interès privat constitueixen els drets reals limitats [...]*

*Així, amb relació a: A) R..., tot declarant que constitueix doctrina d'aquesta Sala que el subministre d'energia constitueix una restricció en interès públic, en consonància amb els que es preveu a l'article 545-2.2 a) i h), sempre que es doni compliment a les exigències que preveu la seva legislació específica i que, per tant, esdevé una pertorbació que ha de ser suportada per mandat legal i que exclou l'exercici de l'acció negatòria segons l'article 544-5 b), i B) E... ha de ser desestimat, atès que el substrat fàctic esdevé inatacable en cassació i, malgrat que el subministre d'energia elèctrica pugui ésser entès a priori com una restricció en el present cas al domini en interès públic, no consten a les actuacions ni la declaració d'utilitat pública ni els projectes ni les autoritzacions per efectuar la referida conducció d'energia elèctrica, per la qual cosa el mateix no pot ésser estimat.*

Pel que fa a les immissions,<sup>3</sup> la Llei 13/1990 va introduir una sèrie de normes civils adreçades, junt amb l'existència de normativa pública, a la pro-

3. Vegeu AMAT LLARI, M. E., "La regulación de las inmisiones en el Código Civil", *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. I, Madrid, 1990; EGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994; i GARRIDO MELERO, M., "Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña (Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 611, 1992.

tecció dels particulars. Els articles 546-13 i 14 efectuen una aproximació al concepte d'immissions. Així, sustenten que són immissions les ingerències de fum, sorolls, gasos, vapors, olor, escalfor, tremolor, ones elèctriques i llum que arriben a una finca, i s'afegeixen altres de semblants. Com ha posat de manifest ROCA TRIAS,<sup>4</sup> cal examinar els caràcters o trets definitoris de les immissions per així possibilitar la seva diferenciació amb les servituds. Aquesta tasca de delimitació, amb la identificació dels trets essencials de les immissions, s'ha portat a terme per la jurisprudència i, en concret, per la STSJC de 19 de març de 2001. Segons aquesta resolució, s'ha de ressenyar:

- a) Es tracta d'una ingerència material, ja sigui corporal o no, que dóna lloc a uns efectes mesurables a la finca. I aquests efectes han de produir danys a la finca o a la persona que es troba en relació amb la finca. Per tant, no es poden fer cessar les immissions que es puguin qualificar d'innòcues o que generin perjudicis no substancials (en aquest sentit, la STSJC 3-10-2002). Tampoc no tenen dret a la protecció les immissions estètiques, com pot ser la instal·lació de funeràries, tanatoris o cases de prostitució.<sup>5</sup> En un supòsit particular, de pretesa immissió per la construcció d'una edificació i d'una terrassa en un conjunt de cases adossades, que trenca l'estètica de la unitat arquitectònica, la STSJC de 28-02-2011 refusa la seva protecció, en tractar-se d'una immissió estètica que no gaudeix de cobertura en el dret català. El supòsit que dóna lloc a la mateixa és un conjunt de cases en filera, que tenen a la part del darrera un pati. Els demandats van fer obres al pati posterior del seu habitatge, van cobrir part del mateix, de manera que van ampliar la superfície de la planta baixa i van crear una terrassa a la primera planta. La construcció gaudia de l'oportuna llicència urbanística. La part actora exercita l'acció negatòria perquè entén que s'ha trencat la ruptura de la unitat arquitectònica, s'ha eliminat una paret mitgera i s'han afectat les relacions de veïnatge, atès que es dificulta la recepció de llums, la ventilació del seu habitatge, i es trenca l'estètica del conjunt arquitectònic, a més d'obtenir vistes sense l'existència de cap servitud. La Sala conclou que no existeix immissió:
- [...] no constituye una inmisión, toda vez que: no existe limitación constructiva alguna sobre el resto del solar no edificado; no se halla constituida ninguna comunidad de propietarios sobre tales viviendas unifamiliares, ni existen normas de régimen interno, ni regulación alguna por parte de los dueños de las mismas respecto del destino o uso del patio,*

4. PUIG I FERRIOL, L. i ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. IV, Tirant lo Blanch, València, 2007, pàg. 290 i seg.

5. ROCA I TRIAS, E., *op. cit.*, pàg. 291.

*cuya propiedad es privativa de cada uno de ellos, por lo que no puede serle de aplicación la normativa acerca del régimen jurídico de la propiedad horizontal, ni siquiera la relativa a la propiedad horizontal por parcelas, como tampoco la normativa sobre servidumbres, dado que las fincas de los aquí litigantes no están gravadas por servidumbre alguna; la obra efectuada por los demandados ha sido realizada íntegramente en el interior de su solar; la construcción ejecutada se halla plenamente ajustada a las normas urbanísticas, las cuales permiten la edificación de la totalidad de la planta baja hasta la altura edificada. El hecho de no poder disfrutar de más luz, o de más aire, en determinados momentos o épocas del año, no comporta, per se, que se produzca una inmisión, como tampoco pueda dar lugar a ella el mero perjuicio estético. La contaminación estética o visual no es inmisión. Tampoco han vulnerado los actores la normativa sobre relaciones de vecindad en lo concerniente a la medianería, dado que han construido dentro de su terreno. Tampoco puede prosperar la acción negatoria de servidumbre de vistas cuando la nueva terraza de los demandados se halla cerrada en su totalidad mediante un muro perimetral opaco de un metro con ochenta centímetros, lo que impide visionar desde la susodicha terraza algún predio vecino.*

- b) Les immissions es caracteritzen pel fet d'ésser ingerències indirectes com a conseqüència de l'activitat humana. Conseqüentment, resten fora del concepte les ingerències directes. Al respecte, el Tribunal Superior ha tingut ocasió de pronunciar-se en relació amb els danys produïts per les aigües, en els casos que aquests es generin pel trencament de canonades o per fuites d'aigües que provoquin danys. El concepte d'immissió ha estat refusat perquè, en primer terme, tenen un origen aliè a l'activitat del propietari o posseïdor de la finca, i, en segon lloc, com veurem, perquè manca un altre dels trets definitoris de les immissions, com és la vocació de permanència. La sentència de 17 de juliol de 2006 ensenya, en el sentit indicat, que:

*Si bien la humedad puede constituir una inmisión y el agua puede ser considerada una vía adecuada de propagación de ciertas inmisiones, las filtraciones de agua y las consiguientes humedades o inundaciones ocasionadas por la avería o la rotura de una conducción o de una tubería, en la medida en que tienen carácter puntual y origen ajeno a la actividad del propietario o poseedor de la finca (sin perjuicio de su relación con la omisión o negligencia en el mantenimiento), no pueden tener esa consideración por faltarles, en todo caso, los requisitos de la vocación de permanencia y de la artificialidad de su origen, y, comúnmente, el de su carácter indirecto, cuando los efectos se dejan sentir directamente en*

*la finca ajena, sin perjuicio de las responsabilidades a que pudieran dar lugar tales supuestos con arreglo a lo previsto en el art. 1.902 CC, en relación, en su caso, con el art. 9.1.b) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (o ahora con el art. 553-38 Ley 5/2006).*

- c) Les immissions requereixen una certa vocació de permanència, ja que es necessita que es tracti d'actes que es repeteixin en el temps, ja sigui en períodes regulars o no. Des d'aquest àmbit d'idees, com s'ha exposat en relació amb les fuites d'aigua, s'han d'excloure quan es derivin d'una actuació puntual.
- d) L'article 546-13 inclou en el seu supòsit de fet que les pertorbacions han de provenir d'actes il·legítims dels veïns. Com s'ha exposat encertadament,<sup>6</sup> no esdevé necessari que les immissions es produeixin entre finques veïnes o confrontants, sinó que és suficient que les pertorbacions tinguin lloc per trobar-se dins l'àmbit d'influència de les ingerències indirectes.

Quant a les classes d'immissions, s'ha de diferenciar entre les que s'han de tolerar i les que no. L'article 546-14 CCCat examina les immissions legítimes i, en el seu primer apartat, disposa que els propietaris d'una finca han de tolerar les immissions que són innòcues o que causen perjudicis no substancials. I en relació amb aquests darrers, estableix una pauta per determinar quan s'assoleix el caire de substancial. Així, assenyala que es consideren perjudicis substancials els que superen els valors límit o indicatius que estableixen les lleis o els reglaments. La sentència d'aquesta Sala de 27 de juny de 2014, en un supòsit en el qual el titular d'un habitatge unifamiliar ubicat a una zona rústica on s'havien instal·lat camps eòlics exercitava l'acció negatòria, per la contaminació lumínica que li generaven el llums dels molins de vent, entén que els límits o referències per establir el caire de substancial de la immissió no han estat acreditats:

*Infracció del RD 862/2009, de 14 de maig, que aprova les normes tècniques de disseny i operacions d'aeròdroms d'ús públic: “[...] les al·legacions de la recurrent no es sustenten en un concret precepte o conjunt d'ells, relacionats de manera sistemàtica, que evidenciïn l'existència d'indicatius o de directrius per a poder determinar si en el present cas s'han superat els mateixos i les immissions poden ésser considerades com a substancials.*

Els perjudicis substancials s'han de tolerar si són conseqüència de l'ús normal de la finca veïna, i si fer-los cessar genera una despesa desproporci-

6. ROCA I TRIAS, E., *op. cit.*, pàg. 292.

onada econòmicament. En aquests casos, la immissió no es pot fer cessar, però els propietaris afectats tenen dret a rebre una indemnització pels danys produïts i una compensació econòmica, fixada de comú acord o judicialment, pels que es puguin produir en el futur si les immissions afecten de manera exagerada el producte de la finca o l'ús normal d'aquesta.

Tampoc no es poden fer cessar les immissions substancials que provenen d'instal·lacions autoritzades administrativament, però els afectats poden sol·licitar que s'adoptin les mesures tècnicament possibles i econòmicament raonables per evitar els danys, i demanar la indemnització pels danys produïts. Si no es poden evitar els danys amb l'adopció d'aquestes mesures, tenen dret a una compensació pels danys futurs.

La protecció envers les immissions s'efectua mitjançant l'acció negatòria. Aquesta acció permet al propietari adreçar-se contra el qui ocasiona perturbacions materials o jurídiques, de manera que protegeix de les atribucions de servituds i contra les immissions. L'objecte principal de l'acció negatòria és la cessació de les perturbacions, a la vegada que es poden també reclamar la reparació dels danys i perjudicis generats o la compensació econòmica pels danys futurs i l'abstenció de danys en el futur.

La prescripció de l'acció, la preveu l'article 544-7, i no preveu cap termini, ja que l'acció es pot exercitar mentre es produeix la perturbació i amb el límit de la usucapció. En tot cas, sí que es determina un termini de prescripció de tres anys per a la pretensió indemnitzatòria o per a la compensació econòmica per danys futurs.

## 4

### **Drets reals limitats: el dret de retenció, i el dret de servitud de llums i vistes**

#### 4.1

#### **El dret de retenció**

Amb anterioritat al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, la Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries sobre cosa moble, va configurar, a diferència de les previsions del Codi civil estatal, el dret de retenció com un dret de caire real,<sup>7</sup> a la vegada que era el retenidor el qui, de manera

7. Vegeu, per a l'anàlisi de la Llei 22/1991, de 29 de novembre, ABRIL CAMPOY, J. M., "El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán", *Revista Crítica de Derecho In-*

unilateral, donava lloc a la constitució del dret real i a l'import del deute. Així ho va posar en relleu la STSJC de 19-07-2001.

La qüestió fonamental que s'examina en aquesta sentència, consisteix a examinar si el requisit que s'imposa al retenidor de comunicar notarialment la decisió de retenir, la liquidació practicada i la determinació de l'import de les obligacions procedents, que exigeix l'article 4.2 de la Llei esmentada, opera com a requisit necessari per a la constitució del dret de retenció sobre cosa moble:

*Es confirma el criteri de la sentència d'apel·lació, contrari a conferir a la notificació el caràcter constitutiu del dret de retenció, ja sigui perquè es considera que el legislador no estableix cap termini per al compliment del requisit esmentat; que la notificació notarial té per objecte el coneixement per part del deutor dels fets que han conduït a la retenció, per tal d'oposar-se a la pretensió del retenidor, i si el deutor ja té coneixement d'aquestes circumstàncies, això no justifica l'existència de la notificació notarial amb els efectes constitutius del dret; i, finalment, que el dret de retenció ha de quedar constituït si el retenidor l'exercita d'acord amb els pressupòsits que resulten dels articles 3 i 4 de la Llei 22/1991.*

La segona qüestió que ha examinat la jurisprudència, ara sota la vigència del Codi civil de Catalunya, és quina classe de possessió s'ha d'ostentar per tal de poder constituir el dret de retenció. La STSJC de 26 de juny de 2008 exigeix que la possessió sigui de bona fe i eficaç, però exclou al precarista de la garantia retentòria.

En darrer terme, la STSJC de 23 de juny de 2014 esdevé rellevant, tota vegada que efectua una sèrie de precisions sobre el concepte de pressupost i el seu contingut, en ares al dret de retenció. Així, sustenta que la finalitat del pressupost rau a fiscalitzar la tasca finalment realitzada, i que el contingut del mateix ha de tenir un aspecte descriptiu de les operacions a realitzar, així com un càlcul estimatiu del valor corresponent (material i mà d'obra), sens perjudici de les possibles desviacions a l'alça que poden existir:

*El presupuesto exigido por el art. 569-4.c) CCCat, además de determinar el tiempo en que ha sido otorgado y de identificar las partes y el bien mueble a que se refiera la reparación –o la confección–, deberá comprender una descripción de dicha actividad lo suficientemente*

---

*mobiliario*, núm. 624, 1994. Respecte de la retenció immobiliària i la Llei 19/2002, de 5 de juliol, confronteu CARRASCO PERERA, À., “Los derechos de retención y anticresis en la Ley 19/2002, de Cataluña, de derechos reales de garantía”, *RJC*, núm. 1, 2004; i GRAMUNT FOMBUENA, M., “El règim jurídic de la retenció d'immobles”, *La Notaria*, núm. 11-12, 2001. Sota la vigència del llibre cinquè, *cf*: PUIG I FERRIOL, L. i ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. IV, Tirant lo Blanch, València, 2007.

*detallada como para permitir evaluar si el resultado final se ajusta razonablemente al acuerdo previo, pero también deberá incluir un cálculo estimativo del valor correspondiente –la mano de obra y los materiales necesarios para llevarla a cabo, cuando deba aportarlos quien la realiza–, de modo y manera que la adecuación de la actividad de reparación o de confección pueda establecerse no solo en función de aquella descripción, sino también en atención a la comparación del coste estimado con el coste final, sin que ello suponga, sin embargo, que no sean admisibles ciertas desviaciones al alza, con tal de que no sean sustanciales, o a la baja, con tal de que no redunden en un deterioro significativo de la calidad pactada, salvo que en estos casos se hubiere modificado el presupuesto por un nuevo acuerdo entre las partes, plasmado por escrito y aceptado en todo caso antes de hacer efectivos los cambios respecto a lo inicialmente acordado. Solución del caso. En el presente caso, el presupuesto confeccionado por la recurrente no cumple adecuadamente todas esas exigencias: fue documentado y aceptado con posterioridad a comenzar la reparación, hace referencia principalmente a trabajos ya realizados y, aunque contiene una descripción de los trabajos de reacondicionamiento pendientes de realizar en la fecha de su otorgamiento, no precisa adecuadamente la estimación de su precio.*

## 4.2

### **El dret real de servitud. Menció especial a la servitud de llums i vistes**

La regulació del dret real limitat de servitud es conté en els articles 566-1 a 13 del Codi civil de Catalunya. El Tribunal Superior de Justícia va haver de portar a terme una tasca de clarificació i d'interpretació de l'ordenament jurídic vigent amb anterioritat al llibre cinquè i, especialment, en matèria de dret intertemporal. Així, han estat diverses les sentències que, d'una banda, s'han hagut d'ocupar del termini de prescripció de l'acció negatòria, com a acció que s'adreça a la protecció del titular contra les pertorbacions, tant materials com jurídiques (extrem avui dia ja resolt, com hem tingut ocasió d'examinar abans), i, de l'altra, respecte de la possibilitat d'usucapir les servituds, en funció dels diferents canvis normatius que s'havien produït des de l'entrada en vigor de la Compilació, la posterior Llei 22/2001 i el vigent llibre cinquè (l'article 566-2.1 del qual avui dia preveu que l'única forma de constitució de les servituds és per títol, voluntari o forçós). També es va ocupar el Tribunal

Superior, amb la seva doctrina, de declarar la inaplicabilitat a Catalunya de la constitució de servituds pel destí de pare de família o per signe aparent, com a mode de constitució, que preveu l'article 541 CC, però refusat pel dret català. Sota la vigència del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, són dues les qüestions que mereixen ésser examinades: la primera, referent a les exigències del títol de constitució de les servituds, i la segona, a explicitar la doctrina de la Sala Civil en relació amb les servituds de llums i vistes quant a les obertures en finca veïna.

Pel que fa a la constitució de les servituds, com s'ha vist actualment l'únic mode n'és el títol, la doctrina de la Sala acull una interpretació espiritualista, segons la qual la constitució de servitud mitjançant un negoci jurídic *inter vivos* no es troba subjecta a cap tipus de forma, de manera que es pot portar a terme de manera explícita, implícita o tàcita (*facta concludentia*). La darrera sentència de la Sala, que resol el rotlle de cassació 28/14, exposa quina ha estat la jurisprudència al respecte (*cf.* STSJC 20-12-2004 i 10-05-2012), i la manté quant a unes finestres i uns balcons oberts en una finca única que s'havia alienat a diferents persones pel seu propietari, de manera que s'havia convertit en dos habitatges diferents i amb obertures realitzades en un d'ells. Així, el caire espiritualista de la constitució de la servitud s'ha recollit no solament a una de les primeres sentències d'aquesta Sala, la de 5 de febrer de 1990, sinó també a les més recents de 20 de desembre de 2004 i 10 de maig de 2012. En efecte, la primera d'elles, després de posar en relleu que en el nostre ordenament jurídic regeix el principi espiritualista en matèria contractual, admet que la voluntat constitutiva d'una servitud es pot manifestar de manera explícita, implícita o tàcita:

*De cualquier modo, la voluntad puede expresarse de forma explícita (hablada, escrita o mímica), implícita (hechos concluyentes), e incluso tácita, cuando en una situación o circunstancias determinadas se mantiene el silencio “cum loqui, et debuit et potuit [...]”, y tales formas de declaración tácita o implícita han sido contempladas en numerosos casos por la jurisprudencia que ha desarrollado una diáfana doctrina (entre las más recientes S.S. 24 de Mayo de 1975, 13 de Febrero de 1978, 2 de Julio de 1985, 26 de Mayo y 7 de Junio de 1986, 31 de Diciembre de 1987) que no es preciso exponer aquí; y en el caso de autos se dan unos hechos, un comportamiento activo y pasivo por parte de los señores P.-B. de significación tan evidente e inequívoca que, por si hubiera alguna duda, revelan la más total aquiescencia.*

En idèntica direcció, la sentència de 20 de desembre de 2004, amb cita de la jurisprudència del Tribunal Suprem, admet també la constitució de la servitud derivada d'una voluntat expressa, implícita o tàcita, i evidencia exem-

ples d'aquestes darreres manifestacions de la voluntat que poden donar lloc a l'apreciació de la voluntat constituent:

*Ciertamente el título constitutivo es precedente necesario para el nacimiento de la servidumbre a la vida jurídica, pero tanto la existencia como la naturaleza de dicho título han sido interpretadas históricamente de forma espiritualista y abierta, tanto por el Tribunal Supremo como por esta Sala, siempre que quede constancia fáctica de su realidad y de su contenido.*

*Por título puede entenderse “cualquier acto jurídico, oneroso o gratuito, ‘inter vivos’ o ‘mortis causa’, en virtud del cual se constituya esta limitación del derecho de propiedad, realizado por el titular del predio sirviente”, como dicen las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 2 de junio 1969, 30 de abril de 1993 y 1 de marzo de 1994.*

*Pero dicho título no requiere una forma ad solemnitatem, como recordaba la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1990, sino que la voluntad de crear una servidumbre predial puede exteriorizarse de forma explícita (verbal o por escrito), de forma implícita (por los facta concludentia) e incluso de forma tácita (cuando en el caso concreto pudo o debió denunciarse). En el mismo sentido se alinea la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2003 [“El derecho real de servidumbre, como se ha apuntado, se constituye por negocio jurídico, que puede aparecer retrospectivamente por reconocimiento (artículos 539 y 540), siendo, como todo negocio jurídico, procedente de la voluntad del propietario (artículo 594), lo que es expresión del principio de autonomía de la voluntad”].*

*Incluso nuestro Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de un verdadero título en casos extremos, como el de un contrato no firmado (sentencia de 21 de diciembre de 1990) o el de una situación de hecho largamente mantenida como expresión de una “paz negociada” (sentencia de 24 de marzo de 1993).*

I la sentència de 10 de maig de 2012 reflecteix també aquesta espiritualitat del títol constituït d'una servitud *inter vivos* quan indica que:

*La relación jurídica de servidumbre se establece generalmente en forma voluntaria entre los diferentes titulares de los predios dominante y sirviente. Suele por ello realizarse en un negocio de carácter bilateral ya que la servidumbre impone también ciertos deberes a los titulares del predio dominante. No requiere la ley de una forma especial para dicho negocio de constitución sobre todo cuando se realiza mediante actos intervivos por lo que la servidumbre se constituye por los modos o forma ordinarios previstos en cada caso. No obstante, su existencia debe*

*ser cumplidamente probada pues los inmuebles se presumen libres y sin cargas que los afecten.*

I, pel que fa a la sentència de 30 d'abril de 2009, la mateixa examina la possibilitat de constitució d'una servitud per signe aparent, de manera que estableix la inaplicabilitat de l'article 541 CC al dret català, atès que no constitueix una llacuna jurídica, sinó un mode de constitució refusat pel dret català, per la qual cosa es requereix la constitució de la servitud, si s'escau, per títol:

*En conseqüència, a la vista de tot el que s'ha exposat amb anterioritat, resulta que qualsevol que sigui la transcendència que es vulgui reconèixer a les relacions mantingudes entre les finques registrals núm. 3019 i 3021 en el període que va del 1918 al 1951 (abans que fora segregada d'aquesta última la finca núm. 1627), en aquells dies pertanyents a diferents amos, relacions regides per un contracte d'arrendament retribuït de local de negoci (per tant, inhàbils per a usucapir per falta de possessió a títol d'amo), la veritat és que la coincidència del domini del predi suposadament servent (núm. 3019) i el del predi pretesament dominant (núm. 1627) en un mateix propietari, produïda en l'any 1951, va determinar l'extinció d'una eventual servitud de pas entre ambdues finques i, al mateix temps, va impedir la seva constitució en el propi acte de segregació i venda, ja s'entengui la mateixa realitzada expressament o tàcitament (STSJC 2/1990 de 5 febr.), sense que la descripció registral del "signe aparent" en relació amb la finca pretesament dominant (que no en la suposadament servent) comporti cap eficàcia afegida a la pròpia aparença o publicitat material del pas entre les finques del mateix amo (STS 1a 20 des. 1965, 21 des. 1970, 30 des. 1975, 29 maig 1979, 21 des. 1990 i 15 març 1993, 11 nov. 1988 i 7/2002 de 17 gen.; i RDGRN de 21 oct. 1980, BOE 11/11/80), ni tan sols de forma diferida al temps de la separació dels dominis d'ambdues finques, a manera de constitució condicionada d'una servitud de propietari (STS 1a 21 oct. 1976), la qual només es podria escometre de forma voluntària, en territori de dret civil català i al temps que es va produir la separació efectiva del domini (1975), expressament, per acord entre els propietaris d'ambdós immobles, sens perjudici de les conseqüències (art. 566-7 CC) que es pugui reconèixer a les situacions d'enclavament de les finques sense sortida pròpia a la via pública.*

En definitiva, la STSJC que resol el rotlle 28/14 afirma que, en consonància amb el principi espiritualista en matèria contractual que permet que el títol constitutiu es pugui produir de manera explícita, implícita o tàcita, sempre que així es derivi de la voluntat de les parts contractants d'establir un gravamen real de servitud que limiti el domini, s'ha de concloure que la

interpretació de la voluntat contractual de les parts, realitzada per les sentències d'instància i favorables a l'existència d'aquest títol constitutiu voluntari, ha de ser mantinguda per aquesta Sala, ja que la interpretació de la voluntat no es revela ni absurda, ni inversemblant ni irracional. En efecte, la sentència recorreguda considera que de les clàusules que consten en les escriptures de 25 d'octubre de 1890 (“*con todas sus pertenencias, usos y servidumbres que franca en alodio y libre de cargas tienen y posee en el pueblo de Ares*”), unit al coneixement dels intervinents de la situació física i real del que era un únic habitatge i ara passava a dos, la visibilitat de les obertures des del que seria predi servent, la inexistència d'altres servituds a part de la de llums i vistes, l'absència de controvèrsia entre les generacions successives, el cost pel comprador de reestructurar les estances i fer obres per tancar unes obertures que sempre havien existit si no existís la servitud, així com el coneixement d'aquesta situació pel venedor que podia haver afectat el preu de venda a la baixa, comporta l'existència d'una voluntat implícita de constituir la servitud, que a més fou continuada per una voluntat tàcita pels anteriors propietaris de les finques fins a la controvèrsia actual.

El segon dels extrems que ha estat objecte d'atenció per la jurisprudència de la Sala, és el relatiu a la inexistència de servituds de llums i vistes en els casos d'obertures que permeten obtenir llums i mirar la finca veïna. De fet, el problema que s'analiza sovint té a veure amb les relacions de veïnatge i amb el que ara disposa l'article 546-10.1:

*Ningú no pot tenir vistes ni llums sobre la finca veïna ni obrir cap finestra o construir cap voladís en una paret pròpia que confronti amb la d'un veí o veïna sense deixar en el terreny propi una androna de l'amplada que fixen la normativa urbanística, les ordinacions o els costums locals o, si no n'hi ha, d'un metre, com a mínim, en angle recte, comptat des de la paret o des de la línia més sortint si hi ha voladís.*

Per analitzar aquesta qüestió, cal partir del fet que l'acció negatòria per fer tancar les obertures realitzades esdevé imprescriptible, tota vegada que les llums i vistes no es poden usucapir (*cf.* STSJC 17-09-2009 i 21-07-2011). És a dir, les obertures que s'efectuen, sense respectar l'androna, per obtenir llums i vistes del predi veí, es consideren actes tolerats, i en pot ésser exigit el tancament en un moment posterior, o bé es pot edificar pel veí i cegar-les. Nogensmenys, aquesta doctrina que esdevé consolidada sí que presenta modulacions que cal posar de manifest:

- A. Si s'empren materials translúcids, no s'ha de deixar l'androna, i es poden percebre limitadament llums, malgrat no desaparèixer la possibilitat del veí de encegar-les si decideix construir. Així, amb detall, la STSJC de 8-04-2009 determina que:

*No existeix cap obstacle a Catalunya per construir utilitzant materials translúcids, fins i tot sense guardar la distància a la qual es refereix l'art. 40 de la Llei 13/1990, encara que la situació no estigui expressament regulada, ja que això no impedeix omplir la llacuna legal coexistentant tots els drets en joc. No obstant per evitar l'acció negatòria en aquests casos sempre caldrà: a) que es tracti de material de tancament que no constitueixi buit, de manera que es presenti en condicions de regularitat amb la resta de la paret de tancament; b) que es tracti de materials resistents o sòlids, és a dir, amb un índex de fractura que impedeixi la seva conceptualització com a fràgil; c) que, no obstant això, permeti limitadament el pas de la llum i no faciliti la visió de formes nítides, sinó, en tot cas, de llums i d'ombres informes. La construcció dels edificis amb intervenció d'aquests materials no crea aparença ni dret de cap classe, de manera que la lluminositat així aconseguida no genera cap tipus de servitud de llums o de vistes, per la qual cosa romanen incòlumes els drets del propietari contigu per aixecar en terreny propi una paret contigua que encegui la presa indirecta de llum que proporcionen els materials esmentats sigui quin sigui el temps transcorregut des de la construcció o utilització dels materials translúcids.*

- B. La STSJC de 10 de març de 2014 explicita que la tolerància expressa de les obertures de finestres i terrasses sobre la finca veïna no significa que s'hagi constituït un negoci jurídic que obligui a suportar les llums i vistes que s'obtenen. Malgrat aquesta afirmació, en el cas de la sentència (obertures de fa més de 30 anys i que són les responsables de proporcionar llum a la planta de l'habitatge) sí que es pot aplicar la doctrina del retard deslleial en l'exercici de les pretensions si es compleixen els següents requisits:

*a) El transcurs anormal del temps, segons les circumstàncies del cas concret; b) La falta de justificació de la tardança en l'exercici del dret, prescindint de les regles de la prescripció; c) Que la inactivitat hagi provocat una confiança legítima en què el dret ja no es farà valer en el futur, la qual cosa s'ha d'haver manifestat d'alguna manera, sigui mitjançant l'empitjorament de la posició jurídica del subjecte passiu, sigui mitjançant la realització per part seva d'actes amb transcendència econòmica de manera que l'exercici tardà li comporti un perjudici.*

Els efectes de la doctrina anterior no signifiquen que es pugui declarar l'extinció del dret de la part actora, sinó solament de la facultat que no s'ha exercit (el tancament de les finestres), mentre es mantinguin les circumstàncies fàctiques.

## 5

**La propietat horitzontal**

Han estat molts els pronunciaments que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha efectuat respecte de la regulació de la propietat horitzontal (*cf.* articles 553-1 a 59 CCCat).<sup>8</sup> No és aquest el moment per portar a terme una exposició detallada de tots els extrems que han estat objecte d'atenció i examen per part del Tribunal Superior, ja que s'excediria amb molt la finalitat i l'abast de la present exposició, però sí de reflectir els extrems que han requerit una atenció més específica.

Així, i sense perjudici de destacar tot seguit els extrems més problemàtics, sí que cal ressenyar que la Sala ha estudiat la legitimació del president de la comunitat de propietaris per a la defensa dels elements comuns (STSJC de 7-11-2011 i 15-10-2012), el còmput dels vots dels absents, la privació de vots dels propietaris morosos i que la llista de morosos no s'ha de conceptuar com una exigència imperativa (STSJC de 26-07-2012, 29-11-2012 i 9-01-2013), el caire privilegiat del crèdit de la comunitat de propietaris (STSJC 21-02-2013), o que les costes processals (STSJC 29-11-2012) no poden integrar els honoraris d'advocat i de procurador dins de les despeses generals, de manera que els propietaris dissidents no han de respondre dels mateixos en cap cas.

Sí que esdevé oportú tractar amb més deteniment els següents aspectes de la propietat horitzontal:

## 5.1

**Terminis per a la impugnació dels acords.  
Còmput del termini des de la notificació**

La interpretació de l'article 553-31 CCCat per entendre el termini d'impugnació d'un acord contrari a la llei és la més lògica i acomodada al sentit comú, atès que no tindria sentit que el termini d'impugnació d'un acord contrari als estatuts o al títol constitutiu fos més llarg que el d'un acord contrari a la llei. En aquest sentit, la STSJC de 6-09-2012 manté que:

8. *Cfr.* ABRIL CAMPOY, J. M., "La propietat horitzontal simple" i "La propietat horitzontal complexa i per parcel·les", a PUIG I FERRIOL, L. i ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. IV, Tirant lo Blanch, València, 2007, pàg. 397 i seg.; GINER GARGALLO, A., "La regulació de la propietat horitzontal al Codi civil de Catalunya", *Jornades de Dret Català a Tossa*, 2006; GONZÁLEZ BOU, E., "Aspectes pràctics de les urbanitzacions privades en la nova regulació del Codi civil de Catalunya", *Jornades de Dret Català a Tossa*, 2006; i MARGO SERVET, *Prontuario de la propiedad horizontal en Cataluña*, El Derecho, Madrid, 2006.

*De ahí que, atendiendo a una interpretación sistemática de la norma, deben incluirse en un solo bloque en el apartado a) del artículo 553-31.1, junto a los acuerdos contrarios a los estatutos y al título constitutivo, los contrarios a las leyes. Además, tal solución no perjudica en modo alguno la seguridad en el tráfico jurídico de las comunidades de propietarios, ni de los propios comuneros, ya que el plazo de un año ya existe para la impugnación de algunos de los acuerdos, y asimismo viene a coincidir con la prevista en el artículo 18.3 de la Ley de Propiedad Horizontal 49/1960, de 21 de julio, modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril. Se fija el interés casacional de la materia que ha sido objeto del recurso, esto es, que, dada la omisión involuntaria del legislador en el apartado a) del artículo 553-31.1 del CCCat, el plazo para la impugnación de un acuerdo comunitario contrario a la Ley es de UN AÑO.*

Idèntica solució va adoptar la sentència de 7-09-2012.

També s'ha tingut l'oportunitat de precisar des de quin moment s'inicia el còmput d'aquest termini: si des de l'adopció de l'acord o des de la data de la notificació del mateix. La STSJC de 31-01-2013 refusa la tesi dualista i acull el criteri que el *dies a quo* s'ha de fixar en la notificació de l'acord:

*En lo relativo a la caducidad de la acción, existen dos corrientes jurisprudenciales contrapuestas en cuanto a la interpretación del contenido del artículo 553-31.3 del CCC, en el particular relativo al dies a quo para el cómputo del plazo para el ejercicio de impugnación de los acuerdos de las juntas de propietarios sujetas a la normativa en materia de propiedad horizontal:*

- A) *La que sostiene un sistema dual de notificación de los acuerdos, o sea, una supuesta notificación automática para los propietarios presentes en la junta y otra para los ausentes mediante notificación posterior. Esta interpretación es la que mantiene la sentencia recurrida, siguiendo otras dos de la misma Sección 3.ª de la AP de Tarragona, de 20-11-2008 y 29-1-2009, al distinguir que el plazo para el ejercicio de tal acción nace, para los presentes, desde el mismo momento en que se adopta el acuerdo, dado que ya conoce su contenido, y para los ausentes, desde su notificación.*
- B) *La que sostiene un sistema único de notificación de los acuerdos, o sea una misma e idéntica notificación posterior tanto para presentes como para ausentes. Esta interpretación es la que mantienen las sentencias de la Secc. 16.ª de la AP de Barcelona de 29-9-2008 y de la Secc. 13.ª de la AP de Barcelona, de 22-6-2009 y 11-3-2010, que sostienen que el art. 553-31.3 CCC constituye una norma específica, que exige la notificación sin distinguir entre presentes y ausentes.*

- *Fundamento normativo: Esta Sala del TSJC no comparte la tesis mantenida por la sentencia de la AP de Tarragona objeto de este recurso de casación, toda vez que: a) El CCC, al regular la institución de la caducidad, establece, en el artículo 122-5., cuando se refiere al còmput del termini, “1. El termini de caducitat s’inicia, si no hi ha normes específiques, quan la persona titular pot conèixer raonablement les circumstàncies que fonamenten l’acció”. Y en art. 553-31.3 CCC precisamente existe una normativa específica al respecto “a comptar de la notificació de l’acord”, sin hacer distinción alguna entre propietarios presentes y ausentes, a diferencia de lo que sucede en el art. 18 LPH estatal, por lo que la notificación debe abarcar a todos los comuneros, tanto a los presentes, como a los ausentes; b) La interpretación gramatical de la norma lleva a idéntica conclusión, pues en dicho precepto se utiliza de forma expresa el término “notificar”; c) Otra razón que avala la interpretación literal de dicha norma es que el legislador catalán cuando aprueba el llibre cinquè del CCC tiene pleno conocimiento de la LPH estatal y del contenido de su artículo 18.3, en el que no solo distingue entre propietarios presentes y ausentes, sino que también el plazo para el ejercicio de la acción es más extenso –3 meses y no 2–, por lo que es factible que la diferencia entre una y otra normativa se hiciera de forma “intencionada”, y en base al principio pro actione; d) Asimismo corrobora esta tesis, la interpretación sistemática de toda la nueva normativa catalana en materia de propiedad horizontal referente a la adopción de acuerdos comunitarios, ya que difiere en gran manera de la estatal, tanto en lo concerniente a la convocatoria de la Junta, como en la forma de redacción del acta, como también en lo relativo a la ejecutoriedad de los acuerdos –arts. 553-21.2, 553-27.2 y 553-29 CCC–, en todos cuyos preceptos se hace referencia al término notificación, a diferencia de lo que acontece en los artículos 16.2 y 19.3 de la LPH.*

I quant a si en el termini de caducitat s’han d’incloure els dies inhàbils, sobretot quan es tracta del darrer dia del còmput, vegeu la STSJC de 2-12-2013, que ho solventa, amb l’aplicació de la doctrina del Tribunal Suprem i una interpretació procliu al dret a la tutela judicial efectiva:

*La actual doctrina del TS, que distingue entre plazos procesales y plazos sustantivos, recuerda que, sin afectar a la computación de estos, el art. 135.1 LEC ha permitido resolver los problemas relacionados con la presentación de escritos sujetos a término, porque, en aquellos supuestos en que los efectos de la caducidad solo puedan interrumpirse mediante la interposición de una demanda por el titular de un derecho ante el órgano jurisdiccional, cualquier otra solución supondría hurtar*

*a los interesados parte del plazo legalmente establecido para realizar un determinado acto con eficacia jurídica al obligarles a presentarlo antes de las 24 horas del último día, ya que el art. 5 CC, aunque no lo mencione expresamente –en cambio, el art. 122-5.2 CCCat sí lo hace–, supone que el día final del cómputo ha de transcurrir por entero –sin que en este punto existan diferencias entre plazos señalados por días o por meses (STS 1.ª 538/2011 de 11 jul. FD2)–, además de comportar un efecto contrario al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva. Aplicación de la anterior doctrina a la legislación catalana. No existiendo diferencia apreciable alguna entre lo previsto en el art. 5 CC, en relación con el cómputo de los plazos sustantivos, y lo dispuesto sobre el cómputo de los plazos de caducidad en el art. 122-5, párrafos 2 y 3, del CCCat, es por lo que consideramos de aplicación a este último de la doctrina jurisprudencial del TS anteriormente expuesta.*

## 5.2

### **Realització d'obres en elements comuns. Els pressupòsits del consentiment tàcit**

Es configura una doctrina, referent al consentiment tàcit en relació amb les obres que afecten elements de la comunitat de propietaris, que parteix del fet que el coneixement de la comunitat no equival al consentiment, sinó que cal estudiar en funció dels fets concrets si el silenci pot ésser apreciat com a manifestació de la voluntat o no. Dins d'aquestes circumstàncies són rellevants les relacions preexistents entre les parts, les seves conductes i les circumstàncies anteriors i que les acompanyen. En aquesta òrbita d'idees, les STSJ de 31-10-2012, amb cita de la doctrina del Tribunal Suprem (STS 564/2009, 465/2011 i 135/2012), de 19-09-2013 i de 5-06-2014, apliquen la construcció del consentiment tàcit per valorar les circumstàncies concretes en les quals es desenvolupa l'actuació de la comunitat. La STSJ de 19-09-2013 disposa que:

*La doctrina del TS, Sala 1.ª, en esta materia es la siguiente: a) en general, la realización de obras que afectan a elementos comunes exige para su validez el consentimiento unánime de la comunidad (SSTS 1.ª 564/2009 FD2 y 465/2011 FD3); b) el consentimiento de la comunidad necesario para considerar lícitamente realizadas las obras que afectan a elementos comunes en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal puede ser tácito (SSTS 1.ª 993/2008 FD2, 564/2009 FD3, 808/2010 FD5, 465/2011*

FD3 y 135/2012 FD4); c) en principio, el conocimiento no equivale a consentimiento como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica en la que se pueda encontrar justificación para no obtener los consentimientos legalmente exigidos (SSTS 1.ª 808/2010 FD5 y 135/2012 FD4); d) de todas formas, ha de estarse a los hechos concretos para decidir si el silencio puede ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad, por lo que, para poder establecer si en un determinado supuesto se ha producido un silencio por parte de la comunidad de propietarios capaz de ser interpretado como un consentimiento tácito, deberán valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de estas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento (SSTS 1.ª 808/2010 FD5, 465/2011 FD3 y 135/2012 FD4); y e) en este sentido, cabe interpretar como consentimiento (tácito) la inactividad de la comunidad de propietarios y de los propios integrantes de la misma cuando, siendo conocedores de la realización de obras que hubieran requerido el consentimiento unánime de todos ellos, se han mantenido en silencio durante un largo periodo de tiempo –p.e. “en torno a unos 20 años”– (SSTS 1.ª 993/2008 FD2 y 564/2009 FD2). En idéntico sentido se ha pronunciado esta misma Sala del TSJC, en un caso prácticamente idéntico, en su S. n.º 64/2012, de 31 oct. En el supuesto aquí enjuiciado, en atención a los concretos hechos declarados probados en la instancia y a la doctrina jurisprudencial aplicable, debe ratificarse la sentencia recurrida, puesto que, sobre el innegable conocimiento que la comunidad de propietarios del edificio tuvo del cerramiento de las plazas de parking referidas ocupando unos metros de un elemento común de paso como mínimo desde el mes de abril de 1989 –más de 20 años antes de interponerse la presente demanda–, en varias de cuyas juntas llegó a discutirse la cuestión, y sobre la inactividad de la misma en orden a impugnarlas, llegando en su día la mayoría de los comuneros a desmarcarse expresamente de cualquier acción dirigida a dicho fin. Ello implica razonablemente –como para un supuesto similar decidió la STS 1.ª 465/2011 de 5 jul. FD3– el consentimiento tácito, suficientemente razonado por el Tribunal a quo. Pero es más, no puede obviarse, ni desconocerse, que en el caso que ahora nos ocupa, el acuerdo de la comunidad de propietarios que desestimó la pretensión de acudir a la vía judicial, no fue impugnado, por ser perjudicial a sus intereses –art. 553-31 b) CCC–, por ninguno de los comuneros disidentes y aquí demandantes, lo que comporta su vinculación al referido acuerdo, de conformidad con lo establecido en el art. 553-30.1 CCC. Pues bien, al existir un consentimiento tácito por parte de

*la mayoría de los comuneros, en modo alguno puede prosperar la acción reivindicatoria instada. Finalmente, en cuanto a la invocada infracción del art. 544-3 CCC, es de señalar que la misma resulta inexacta, amén de artificiosa, pues la sentencia recurrida en momento alguno aplica dicho precepto, ni menciona siquiera y menos aprecia la prescripción de la acción reivindicatoria por usucapión.*

### 5.3

#### Exercici del dret a la supressió de barreres arquitectòniques

La primera de les qüestions que s'analitza és si la facultat de demanar la supressió de les barreres arquitectòniques només correspon als titulars d'habitatges o també als de locals de negocis; extrem resolt a favor dels dos per la STSJC de 15-12-2011:

*Al no haber interpuesto el recurrente recurso extraordinario por infracción procesal hay que partir de dicho relato histórico, y consiguientemente no pueden ser tenidas en cuenta las consideraciones del recurso de casación que combaten el mismo. Tampoco pueden ser introducidas en el debate casacional cuestiones que no fueron objeto del recurso de preparación, el cual, como escrito rector del procedimiento encarriló, según lo previsto en la LEC 2000, determinó cual era el núcleo litigioso, la ratio decidendi o el “problema jurídico” concreto que constituía el objeto de la casación. La Sala decide el “problema jurídico” acordando que tanto los propietarios de vivienda como los de locales de negocio que estén afectados por una discapacidad física o las personas que con él convivan, están perfectamente legitimados para acudir la autoridad judicial en petición de que se supriman las barreras arquitectónicas.*

Quant a l'exigència d'especials dolències físiques per tal de poder gaudir de legitmació per a l'eradicació de les barreres arquitectòniques, la Sala, en sentència de 6 de maig de 2013, ha assenyalat que:

*Hemos declarado en la STC 36/2012, de 11 de junio (FJ 7.º) como ya hizo el Tribunal Supremo (Sala 1.ª) en STS 929/2006, de 28 de septiembre (FJ 2.º), que no existe obstáculo legal para considerar la edad como un factor relevante en la reducción de la movilidad para la superación de las barreras arquitectónicas y que, en consecuencia, también se encuentran legitimadas las personas de edad avanzada, incluso sin especiales dolencias físicas. Y todo ello en el marco de la función social que ha de cumplir la propiedad para hacer efectivo a las personas minusválidas (o ancianos o de edad avanzada) el derecho de los españoles a disfrutar de*

*una vivienda digna y adecuada, de conformidad con los arts. 47 y 49 de la Constitución Española.*

I, pel que fa a la instal·lació de l'ascensor, el Tribunal Superior de Justícia, una vegada es prova la negativa de la comunitat a la instal·lació de l'ascensor, exigeix que es porti a terme un judici de ponderació entre les necessitats dels actors i les possibilitats de realització de les obres a la finca, així com de la capacitat econòmica de la comunitat per fer-se càrrec de les obres, atès que en la normativa catalana és la comunitat la que sense límits ha d'abonar les despeses de la instal·lació de l'ascensor en el supòsit de l'article 553-25.6 CCCat. En definitiva, es tracta d'establir els paràmetres per tal de portar a terme el judici de proporcionalitat (STSJC 11-06-2012). D'altra banda, les STSJC 20-02-2012 i 25-03-2013 han permès l'ocupació parcial d'un element privatiu destinat a local o d'un element privatiu annex o accessori d'un habitatge, per a la instal·lació de l'ascensor, sempre que el gravamen no signifiqui una pèrdua de funcionalitat o econòmica del mateix, ponderant les circumstàncies del cas, i amb l'oportuna indemnització derivada de la constitució d'una servitud. La darrera de les sentències esmentades ensenya que:

*Se declara como doctrina legal complementaria de la fijada en la STSJC 15/2012, de 20 de febrero, que la instalación del servicio de ascensor en una finca que careciese de él permite, igualmente, la constitución de una servidumbre con la oportuna indemnización de daños y perjuicios aunque implique la ocupación de parte del elemento privativo anexo o accesorio a una vivienda que viniera determinado como tal en el título de constitución, siempre que el gravamen no suponga una pérdida intolerable de funcionalidad o económica del mismo, ponderadas racionalmente las circunstancias del caso y los intereses en juego.*

La STSJC de 6-05-2013 requereix que els elements fàctics per tal de ponderar la raonabilitat i proporcionalitat de la instal·lació de l'ascensor restin establerts a la fase declarativa.

## 5.4

### **Activitats prohibides. Acció de cessament de les activitats molestes**

Quant a les activitats prohibides, la STSJC de 20-02-2012 exigeix que les mateixes ho estiguin de manera expressa, i que per activitats prohibides de l'article 554-47 s'han d'entendre les que van contra les disposicions generals sobre activitats molestes. Així, s'hi va manifestar que:

*Para el art. 554-47 CCCat es actividad prohibida aquella que va contra las disposiciones generales sobre actividades molestas. Al referirse, en primer lugar, a que la actividad molesta “vaya en contra de disposiciones generales” es evidente que se pretende reducir el subjetivismo judicial y diferir la delimitación del contenido esencial (por remisión) al legislador sectorial o al ejecutivo competente siéndolo no solo las que tengan naturaleza administrativa –aplicables en Cataluña– sino, por descontado, las que sean civiles. Entre las primeras, debe citarse la Ley 3/1998, de 27 de febrero modificada por Ley 20/2009, de 4 de diciembre. Asimismo, respecto a dichas actividades molestas, el conflicto debe resolverse acudiendo a los principios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las mismas atendidas las condiciones del lugar y la naturaleza de los inmuebles, conforme a los dictados de la buena fe. Nótese que como declaraba la STC 28/1999, de 8 de marzo, puede considerar dentro de las actividades molestas no solo las inmisiones intolerables, sino toda actividad que, por la trascendencia de la misma, pueda exceder de lo socialmente admisible entendiendo por tal el mínimo respeto a la convivencia de los ocupantes del inmueble cuanto que además, la ilicitud a que se refiere la norma abarca tanto la administrativa, como la civil y penal.*

I, en darrer terme, la STSJC de 28-04-2014 possibilita avançar l'acció de cessació d'activitats molestes quan s'hagi acreditat la voluntat inequívoca de portar-les a terme i l'activitat projectada sigui, des d'un punt de vista objectiu, molesta, a la vegada que l'actuació prèvia s'adequa a l'economia processal:

*És possible avançar l'acció de cessació d'activitats molestes en un immoble sotmès al règim de Propietat horitzontal quan hi ha una voluntat inequívoca de dur-les a terme (per haver signat un contracte d'arrendament i haver començat les obres) i l'activitat projectada sigui objectivament molesta en qualsevol de les condicions o formes en què s'executi i les pertorbacions no han de dependre, per tant, de la seva forma de realització ni tampoc de la percepció subjectiva que en tinguin els veïns. En aquests casos no només és possible jurídicament, atesa l'àmplia admissió de la tutela cautelar en el nostre ordenament jurídic, sinó també convenient exercitar la demanda aviat, tant perquè l'altra part tingui coneixement de la determinació de la comunitat davant l'anunci de l'activitat, com per evitar mals ulteriors més costosos, com la indemnització per danys i perjudicis o la privació de l'ús o gaudi de l'element privatiu de què es tracti.*

# La Ley de Transparencia y sus efectos sobre las entidades locales

FERNANDO GARCÍA RUBIO

*Profesor titular de Derecho Administrativo  
de la Universidad Rey Juan Carlos*

- 1. Título competencial y determinaciones de las comunidades autónomas**
- 2. Ámbito de aplicación**
- 3. Contenido fundamental de la Ley estatal**
- 4. Entrada en vigor de las determinaciones legales**
- 5. Determinaciones legales más importantes para las entidades locales**
  - 5.1. Régimen sancionador
  - 5.2. Publicidad activa
    - 5.2.1. Información institucional, organizativa y de planificación
    - 5.2.2. Información de relevancia jurídica
    - 5.2.3. Información económica, presupuestaria y estadística
  - 5.3. Régimen de acceso a la información
    - 5.3.1. Legitimación para acceder a la información pública
    - 5.3.2. El objeto del derecho de acceso
    - 5.3.3. Órgano competente para tramitar y resolver las solicitudes de acceso a la información pública
    - 5.3.4. La reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno
    - 5.3.5. El proceso contencioso-administrativo
    - 5.3.6. Las regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública; en especial, la relativa al procedimiento administrativo
- 6. La transparencia en los ámbitos autonómicos y locales**
- 7. Las TIC como paradigma de la transparencia local**
- 8. La aplicación de la Ley de Transparencia en las entidades locales: un panorama**
- 9. Conclusiones**

---

*Artículo recibido el 22/04/2015; aceptado el 22/05/2015.*

## Resumen

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, tendrá plenos efectos en las entidades locales a partir del próximo 10 de diciembre. El presente artículo realiza un análisis de su contenido, partiendo del título competencial del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, con respecto al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común (título, junto a los apartados 13.<sup>a</sup> sobre Hacienda Pública y 1.<sup>a</sup> de condiciones de igualdad de los españoles ante la ley, que son los esgrimidos), pasando, por una parte, por los aspectos procedimentales sobre el acceso a la información, y, por otro lado, ante la regulación de las determinaciones sobre el ámbito subjetivo de aplicación, la publicidad activa, los principios sobre buen gobierno, etc.; describiéndose el contenido fundamental de esta y sus determinaciones más importantes para las entidades locales.

Palabras clave: *transparencia; derecho de acceso; información; infracciones; sanciones; publicidad activa; relevancia jurídica; consejo de transparencia; reclamación; TIC; índice de transparencia.*

### **The Law on transparency and its effects on local governments**

#### **Abstract**

*Law 19/2013, of 9 December, on transparency, access to public information and good government, will be fully applicable to local governments after 10 December 2015. The present article analyzes its content from the perspective of the distribution of competences between the different levels of governments (article 149.1.18 of the Spanish Constitution regarding the regulation of public administration and the administrative process; article 149.1.13 regarding the regulation of public finances and article 149.1.1 regarding the minimum equality of all citizens in the enjoyment of fundamental rights). Therefore, on the one hand the article studies the procedural issues related to the access to the information, and in the other the active publicity and the principles of good government from the point of view of the scope of the application of the Law. In short, the article describes the fundamental content of the Law and its most relevant implications for local governments.*

**Keywords:** *transparency; right to access to the information; administrative offences and sanctions; active publicity; legal weight; council on transparency; ICT; transparency index.*

## 1

## Título competencial y determinaciones de las comunidades autónomas<sup>1</sup>

En los últimos tiempos, todos los medios de comunicación del país han hablado de los efectos y consecuencias de la Ley de Transparencia (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), dado que su entrada en vigor se produce, por una parte, un año después de su aprobación, y, por otra, con un periodo de adaptación de 2 años<sup>2</sup>.

Esta Ley, largamente demandada por la sociedad, supone en nuestra opinión un paso definitivo en el cambio de la cultura del administrado como sujeto pasivo, dotado de unos meros derechos procedimentales, a la de ciudadano sujeto tanto activo como pasivo de relaciones de todo tipo con las Administraciones Públicas, y al que entre otros diversos derechos le asiste el de conocer al detalle las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas y sus agentes.

En ese sentido, e independientemente de los derechos reconocidos en los arts. 23 y 105 de la Constitución, de la normativa sobre acceso a la información de las entidades locales, prevista por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y de las diversas normas sectoriales sobre acceso a la información (singularmente 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, que incorpora las directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), la Ley de Transparencia establece un marco general para la implantación del principio de transparencia en la Administración española.

Así, la citada Ley se aprobó por las Cortes en el uso de las capacidades que para el Estado reserva el art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE, con respecto al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (título, junto a los apartados 13.<sup>a</sup> sobre Hacienda Pública y 1.<sup>a</sup> de condiciones de igualdad de los españoles ante la ley, que son los esgrimidos de carácter competencial alegados por la disposición final octava de la Ley), lo cual debe precisarse en relación con las competencias de las diferentes comu-

1. El presente texto es la base de la conferencia impartida el día 13 de marzo de 2015, en el marco de la III Jornada sobre: “El futuro de las provincias”, organizada por la Diputación Provincial de Ourense y la Fundación Democracia y Gobierno Local.

2. Esa *vacatio legis* ha sido calificada por la doctrina como excesiva, y así Miguel Ángel BLANES CLIMENT, *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información activa de forma pública*, Aranzadi, 2014, págs. 639-640.

nidades autónomas sobre sus organizaciones y sobre las entidades locales en ellas ubicadas.

En cuanto a la primera de dichas competencias, tal y como ya destacó el Tribunal Constitucional, cabe reseñar que (STC 50/1999, FJ 3): “(...) el Estado puede establecer, desde la competencia sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas del art. 149.1.18 CE, principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones Públicas. Esto significa que, en palabras de la STC 227/1988, ‘la potestad organizatoria (autonómica) (...) para determinar el régimen jurídico de la organización y funcionamiento’ de su propia Administración, no tiene carácter exclusivo, sino que debe respetar y, en su caso, desarrollar las bases establecidas por el Estado. En definitiva, salvo en lo relativo a la creación de la propia Administración, la potestad de autoorganización, incluso en lo que afecta a los aspectos de organización interna y de funcionamiento, no puede incluirse en la competencia exclusiva de autoorganización de las comunidades autónomas; aunque ciertamente, como veremos de inmediato, no cabe atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a los administrados, que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación”.

En la misma Sentencia el Tribunal Constitucional incluyó en esta materia “la regulación de la composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones Públicas’ (STC 32/1981, fundamento jurídico 6.º), ‘la organización de todas las Administraciones Públicas’ (STC 76/1983, fundamento jurídico 38), ‘los aspectos organizativos e institucionales de esas Administraciones’ (STC 214/1989) o ‘la composición, funcionamiento y organización’ de las mismas (STC 35/1982)” (STC 50/1999, FJ 3), debiendo aclararse ahora que dentro del concepto de “funcionamiento” se incardinan las actividades jurídicas típicas a través de las cuales las Administraciones Públicas desarrollan su función constitucional de satisfacción de los intereses generales (art. 103.1 CE).

En todo caso, importa retener que (STC 50/1999, FJ 3): “(...) la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones Públicas, que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados, aunque ciertamente no cabe trazar una distinción tajante entre unos aspectos y otros. No debe olvidarse que, según establece el art. 149.1.18 CE, el objetivo

fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar ‘a los administrados un tratamiento común ante ellas’, y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las comunidades autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias”.

Esto es así en tanto en cuanto, como especifica el Tribunal Constitucional en su STC 130/2013 (FFJJ 6 y 7):

*En cualquier caso, tanto cuando las bases responden a la necesidad de garantizar un tratamiento común a los administrados como a la consecución de otros intereses generales, debe recordarse que “el Estado al establecer el común denominador normativo que encierran las bases, y a partir del cual cada comunidad autónoma con competencias de desarrollo legislativo puede regular la materia con arreglo a sus peculiaridades e intereses (por todas, SSTC 49/1988, fundamento jurídico 3; 225/1993, fundamento jurídico 3 y 197/1996, fundamento jurídico 5), no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las comunidades autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo” (STC 50/1999, FJ 3), sin que puedan, por otra parte, considerarse incluidas en el marco estatal básico “aquellas normas que no resulten justificadas por el objetivo de garantizar los principios básicos que informan el modelo organizativo diseñado por el legislador estatal” (por todas, STC 227/1988, FJ 24, y las allí citadas).*

*7. En cuanto al segundo de los títulos habilitantes del Estado que, ex art. 149.1.18 CE, amparan la Ley recurrida, este Tribunal también se ha pronunciado con reiteración sobre lo que debe entenderse por procedimiento administrativo común, a los efectos prevenidos en el citado art. 149.1.18 CE. El adjetivo “común” que el precepto constitucional utiliza lleva a entender que lo que el constituyente ha querido reservar en exclusiva al Estado es “la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento. Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del proce-*

*dimiento administrativo común, que en la actualidad se encuentran en las leyes generales sobre la materia (lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones Públicas, como exige el propio art. 149.1.18 CE), coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa racione materiae. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que esta es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las comunidades autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una comunidad autónoma, a esta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias” (STC 227/1988, FJ 32).*

En la materia que nos ocupa (la transparencia y el buen gobierno) nos encontramos, por una parte, ante los aspectos procedimentales sobre el acceso a la información, y, por otro lado, ante la regulación de las determinaciones sobre ámbito subjetivo de aplicación, la publicidad activa, los principios sobre buen gobierno, etc., que pueden considerarse como bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Pero –tal y como indica Giménez Sánchez–<sup>3</sup> esta regulación en torno al procedimiento administrativo común no afecta a la capacidad de las comuni-

3. Isabel GIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno en el marco del Estado autonómico”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE (coords.), *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica*, CEPyC, 2014, pág. 159.

dades autónomas para establecer procedimientos específicos por razón de la materia (si esta fuera de competencia de la Comunidad lógicamente) y obviamente respetando el procedimiento común .

De hecho, diversas comunidades autónomas habían aprobado, antes de la publicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, diversas leyes que se ocupaban de la materia en mayor o menor medida, y así la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración Pública gallega, la Ley 4/2011, de 31 de marzo, normas reguladoras de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, y la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.

Tras la aprobación de la Ley básica estatal se han generalizado las aprobaciones de leyes de las diferentes comunidades autónomas sobre el tema, y así la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja, y la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, estando en el momento de escribir estas líneas (5 de marzo de 2015) en avanzado trámite parlamentario las de Asturias y Comunidad Valenciana.

En cualquier caso, como a continuación veremos, las entidades locales en general, y las diputaciones provinciales en particular, deben cumplimentar las determinaciones de la Ley estatal por su carácter básico, sin perjuicio del posible conflicto “desnaturalizador”<sup>4</sup> en que pueden entrar las legislaciones de las comunidades autónomas.

## 2

### Ámbito de aplicación

La nueva Ley de Transparencia aumenta la sujeción a obligaciones administrativas, no solo de las Administraciones Públicas tradicionales, esto es, las afectadas por la aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni tan siquiera

4. Como ha ocurrido en buena medida con la LRSAL, y así *vid.* Alfredo GALÁN GALÁN, “La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número extraordinario 2015.

del sector público en sentido amplio como el previsto por el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado en su Texto refundido actual por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y la Ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre.

En efecto, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, distingue en el ámbito subjetivo de aplicación entre este en sentido estricto, otros sujetos obligados (art. 3), y la obligación de suministrar información (art. 4).

Así, tal y como resalta la exposición de motivos de la Ley, el título I de la misma regula e incrementa la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, mediante un conjunto de previsiones que se recogen en dos capítulos diferenciados y desde una doble perspectiva: la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública.

El ámbito subjetivo de aplicación de este título, recogido en su capítulo I, es muy amplio, e incluye a todas las Administraciones Públicas, organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y entidades de derecho público, en la medida en que tengan atribuidas funciones de regulación o control sobre un determinado sector o actividad, así como a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, incluidas las Universidades públicas.

En relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, la Ley se aplica también a las corporaciones de Derecho Público, a la Casa de Su Majestad el Rey, al Congreso de los Diputados, al Senado, al Tribunal Constitucional y al Consejo General del Poder Judicial, así como al Banco de España, al Consejo de Estado, al Defensor del Pueblo, al Tribunal de Cuentas, al Consejo Económico y Social, y a las instituciones autonómicas análogas. Por tanto, abarca a las concepciones de derecho administrativo tanto subjetivo (las Administraciones Públicas en general) como objetivo (las entidades y los órganos constitucionales que actúan, al menos en la parte afectada por la transparencia, sujetos al derecho administrativo).

También se aplica a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de las entidades mencionadas sea superior al cincuenta por ciento, a las fundaciones del sector público y a las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades a que se ha hecho referencia.

Asimismo, se aplica a los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, y a todas las entidades privadas que perciban una determinada cantidad de ayudas o subvenciones públicas.

Por último, las personas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas también están obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquella de las obligaciones de esta Ley. Esta obligación es igualmente aplicable a los adjudicatarios de contratos del sector público.

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley se discutió mucho sobre su ámbito subjetivo.

### 3

#### Contenido fundamental de la Ley estatal

El fundamento de la legislación sobre transparencia es, tal y como acertadamente recoge la Ley gallega 4/2006 en su exposición de motivos, el derecho de la sociedad, recogido en el art. 15 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 4 de agosto de 1789 (hoy incorporada como preámbulo de la vigente Constitución francesa de 1958), a exigir a todo agente público que le rinda cuentas de su administración, del cual obviamente forma parte la necesaria información de la actividad de la organización administrativa y el gobierno.

Pero independientemente de los titulares periodísticos y de los resúmenes a los que nuestra vorágine diaria y tendencia a la simplificación tipo tuit nos aboca, hay que plantearse: ¿sabemos realmente para qué sirve, o qué aspectos regula?

La Ley, tal y como indica la ya reseñada exposición de motivos, tiene un triple alcance: por un lado, incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas–; en segundo lugar, reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo–, y en tercer y último lugar establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública–.

En estas tres vertientes, la Ley supone un importante avance en la materia, y establece unos estándares homologables a los del resto de democracias consolidadas. En definitiva, constituye un paso fundamental y necesario, que se verá acompañado en el futuro con el impulso y adhesión por parte del Estado tanto a iniciativas multilaterales en este ámbito como a la firma de los instrumentos internacionales ya existentes en esta materia.

Por tanto, partiendo de esas determinaciones, podemos sintetizar la existencia de un triple objetivo:

- 1.º) Garantizar el derecho de los ciudadanos a **acceder a la información**.
- 2.º) Obligar a las distintas Administraciones a **ser transparentes**.
- 3.º) **Fiscalizar la actividad pública**, es decir, establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

En cuanto al primer objetivo, ya la propia Constitución, en su art. 105.b, establece que la ley regulará “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”; de igual forma que el art. 37 de la Ley 30/1992 afirma que “los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación”. En ambos casos se establece una remisión a una ley que ya está en vigor, y no es otra que la referida Ley 19/2013, Ley de Transparencia, que modifica el régimen general existente hasta su aprobación en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Como dato de interés, y para aclarar que esta nueva Ley no es una “novedad” absoluta, es interesante saber que, a nivel de derecho comparado, España ha sido uno de los últimos países en incorporar una ley de transparencia a su ordenamiento jurídico, ya que actualmente solo Chipre y Luxemburgo carecen de ella. El ejemplo más paradigmático en este sentido (como en otros), lo encontramos en Suecia, donde en el año 1776 Anders Chydenius, un sacerdote sueco-finlandés, impulsó la primera Ley de acceso a la información gubernamental, la denominada “Ley para la Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a las Actas Públicas”.

Es en el segundo objetivo, en tanto que las Administraciones se obligan a ser transparentes, donde esta Ley produce un claro avance en la configuración de todas aquellas obligaciones de publicidad activa (de las que luego desarrollaremos su contenido) que deben vincular a un gran número de sujetos, entre los que se encuentran todas las Administraciones Públicas, así como los órganos del Poder Legislativo y Judicial, junto a todos los órganos constitucionales, y aquellas entidades que, bien debido a su especial relevancia pública, o bien por su condición de receptoras de fondos públicos, se encuentran debidamente obligadas a un reforzamiento de la transparencia en su actividad.

El tercer objetivo menciona las obligaciones de “buen gobierno” que deben cumplir los responsables públicos, junto a las consecuencias jurídicas que se derivan de su incumplimiento.

Una vez determinado qué regula la Ley de Transparencia y su triple objetivo, numerosas preguntas pueden asaltarnos en cualquier momento, relativas a las entidades obligadas a proporcionar información, qué contiene el llamado Portal de la Transparencia, o si existen límites a la publicación de la información.

Sobre las entidades obligadas a proporcionar información, diremos que son todas las Administraciones Públicas, entidades del sector público, órganos constitucionales (incluida la Casa de S.M. el Rey), fundaciones del sector público, asociaciones constituidas por Administraciones Públicas o sociedades mercantiles con participación pública mayoritaria, junto a los partidos políticos, sindicatos, organizaciones sindicales y otras entidades que perciban ayudas públicas.

Posteriormente se ha producido en el ámbito de la Administración General del Estado la aparición de una página web denominada “**Portal de la Transparencia**”, que es la plataforma a través de la cual se puede acceder a la información de dicha Administración General del Estado, conteniendo igualmente estadísticas acerca de la información que los ciudadanos soliciten con mayor frecuencia en ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

En esa línea, las diferentes entidades ubicadas dentro del ámbito de aplicación de la Ley han comenzado a establecer sus páginas de transparencia, o, como hace la Diputación de Ourense, un apartado en su web debidamente resaltado y fácilmente reconocible.

Debemos destacar, en cuanto a los **límites** existentes a la obligación de publicación de la información, aquellos vinculados o que afecten a cuestiones sensibles como la seguridad nacional, la defensa o la protección de datos personales. En todos estos casos, debe llevarse a cabo una comprobación para verificar si la publicación afecta a los límites que la Ley prevé, o, para el caso de los datos personales, si estos pueden eliminarse del documento que se publique. ¿Y si un ciudadano solicita información y se le deniega? En tal caso, podrá presentar una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que es un órgano teóricamente independiente y es el encargado de velar por el correcto cumplimiento de las disposiciones de la Ley, salvaguardando el ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizando la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

Por tanto, y resumiendo, parece (a expensas de conocer de forma práctica el funcionamiento de la “transparencia normativa”) que los ciudadanos podrán conocer más y mejor –aunque no de forma absoluta– el destino de

gran parte de los fondos públicos, algo que la sociedad viene reclamando constantemente.

Por lo que se refiere al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, regulado por el título III de la Ley, este ha sido ya desarrollado por el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y constituye una nueva organización administrativa que se encarga, conforme a lo previsto por el art. 34 de la LTBG, de promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

#### 4

### Entrada en vigor de las determinaciones legales

En cuanto a la entrada en vigor de la Ley, debemos destacar, con Sánchez de Diego<sup>5</sup>, que la disposición final novena de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno distingue tres momentos de entrada en vigor, aunque la vigencia temporal de la transparencia es más compleja, como veremos.

El primero, al día siguiente de su publicación, el 11 de diciembre de 2013, corresponde a la entrada en vigor del título II de la Ley, titulado “Buen Gobierno”.

La segunda fase finalizó el 10 de diciembre del 2014, cuando entraron en vigor los títulos I –Transparencia de la actividad pública– y III –Consejo de Transparencia y Buen Gobierno–.

El tercer momento ocurrirá en el plazo máximo de 24 meses –dos años–, con el objeto de que los órganos de las comunidades autónomas y entidades locales se adapten a las obligaciones contenidas en la Ley de Transparencia.

Sin embargo, a juicio del indicado Sánchez de Diego<sup>6</sup>, la entrada en vigor de esta Ley es más compleja que lo establecido en la disposición final novena, y se producirá de acuerdo con las siguientes reglas: – Las disposiciones previstas en el título II –Buen Gobierno– entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, ya hemos dicho que el 11 de diciembre de 2013. – El título preliminar, los títulos I –Transparencia de la ac-

5. Manuel SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, “El ‘día después’ de la Ley de Transparencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 33, mayo de 2014.

6. Manuel SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, *op. cit.*, pág. 18.

tividad pública– y III –Consejo de Transparencia y Buen Gobierno– entraron en vigor al año de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, esto es, el 10 de diciembre de 2014. – Los órganos de las comunidades autónomas y entidades locales dispondrán de un plazo máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en la Ley. – En cuanto a las leyes modificadas en las disposiciones finales 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>, al no existir una norma expresa, debemos entender que la *vacatio legis* que se aplica es la propia del párrafo 1.º del art. 2 del Código Civil, veinte días desde su publicación. Dichas leyes modificadas son:

1. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
2. Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.
3. Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
4. Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
5. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Continúa el acceso a la información en varios supuestos en los que la Ley de Transparencia es meramente subsidiaria. En estos casos es posible ejercitar el derecho de acceso a la información sin tener que esperar a la entrada en vigor de la Ley 19/2013; así ocurre en: la solicitud de información del interesado, que sigue rigiéndose por la normativa específica según el procedimiento administrativo concreto; el acceso a los datos personales del afectado, que se regula por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales<sup>7</sup>; el acceso a la información medioambiental, que se rige por 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, que incorpora las directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE; el acceso a la información pública para su reutilización, finalmente, que se rige por la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

Existen otros “fleclos” pendientes que ni siquiera tienen fecha de puesta en marcha. Para que la transparencia se instale definitivamente en nuestro

7. Véase, al respecto, M. FERNÁNDEZ SALMERÓN y J. VALERO TORRIJOS, “La publicidad de la información administrativa en Internet: implicaciones para el derecho a la protección de los datos personales”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 26, junio 2005, págs. 77 a 126.

país se precisa, tal y como expresa el ya citado Sánchez de Diego<sup>8</sup>, la incorporación de normas de transparencia en los reglamentos del Congreso de los Diputados, el Senado y las Cámaras legislativas de las comunidades autónomas. También está prevista la realización de convenios de colaboración entre corporaciones de derecho público y “la Administración Pública correspondiente o, en su caso, con el organismo que ejerza la representación en su ámbito concreto de actividad”, según prevé la disposición adicional tercera de la Ley

Por lo que se refiere a la entrada en vigor de las normas de buen gobierno, debe recordarse que, en el debate suscitado por el Proyecto de Ley de Transparencia, la mayoría de los expertos concluyeron que, además de ser algo excepcional en el derecho comparado, las normas de buen gobierno poco o nada tenían que ver con la transparencia. Incluso se puso de manifiesto que algunas normas de buen gobierno apuntaban al secretismo de la información pública [por ejemplo, el art. 26.2.b) 2.º]. Además, la norma no incluye sanciones por incumplimiento de las obligaciones de transparencia.

En general, aunque es deseable que las normas éticas, sociales y jurídicas regulen de forma similar los mismos asuntos, no es positivo confundir la ética con la norma jurídica. En el supuesto en que nos encontramos estamos claramente ante una norma jurídica. La responsabilidad jurídica que se establece viene determinada por las siguientes materias: en los conflictos de intereses, en lo referido a la de gestión económico-presupuestaria –en particular se incorporan infracciones derivadas del incumplimiento de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y en el ámbito disciplinario–. El sistema por el que se ha optado es el de separación de responsabilidades según la distribución territorial de competencias.

Estas normas atribuyen a los poderes públicos un importante elemento para luchar contra la corrupción y para lograr unas administraciones públicas más eficaces y unos servidores públicos que se ajusten a los “principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad”, tal y como se recoge en el preámbulo de la Ley. Hasta el momento no se ha tenido conocimiento de ninguna sanción por infracción de las normas de buen gobierno. Las normas de buen gobierno de la Ley de Transparencia ya han entrado en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley. Sin embargo, en la propia Ley se estableció un plazo de 3 meses para que el Gobierno aprobara el Reglamento del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que aunque con retraso fue cumplimentado.

---

8. Manuel SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, *op. cit.*, pág. 18.

En lo referente a la entrada en vigor de las normas de transparencia, acceso a la información pública y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que corresponden a los títulos I y III, una *vacatio legis* tan prolongada –de un año– para su entrada en vigor como la que se establece en la citada disposición final novena se explica por varios condicionamientos:

El primero viene exigido por la necesidad de adaptar los ficheros y archivos públicos para poder hacer frente a los requerimientos de información. Es necesario no solo organizar los archivos, sino también ajustar o desarrollar los programas informáticos correspondientes, formar a los funcionarios en esta tarea y abrir los cauces de solicitud de información.

El segundo, por la puesta en marcha o actualización de las sedes electrónicas o páginas web, en donde se ofrezca información pública “de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables”, y en donde se facilite “la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización”, tal y como se establece en el apartado 4.º del art. 5 de la Ley. También en este caso se precisa de al menos una actualización y mejora de las sedes electrónicas o páginas web. El gran reto es embridar todos estos esfuerzos informativos en un portal de transparencia que aúne los esfuerzos en una única “ventanilla virtual” a la que los ciudadanos puedan dirigirse para obtener información.

El tercero pasa por la necesaria puesta en marcha del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno recogido en el título III de la Ley –arts. 33 a 40–. La disposición final séptima establece que “El Consejo de Ministros aprobará, en el plazo de tres meses desde la publicación de esta Ley en el ‘Boletín Oficial del Estado’, un real decreto por el que se apruebe el Estatuto orgánico del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”. El 10 de marzo de 2014 se cumplió este plazo de tres meses, y el 31 de octubre se procedió a la aprobación del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (publicado en el BOE del 5 de noviembre).

El cuarto, por los imperativos políticos derivados de la puesta en marcha de la transparencia y el acceso a la información pública en las comunidades autónomas y entidades locales, sobre las que nos ocuparemos posteriormente.

El quinto vendría derivado de una campaña informativa dirigida a los ciudadanos, prevista en la disposición adicional séptima de la Ley. En el Plan de Publicidad Institucional para el año 2014 se recogió a cargo del Ministerio de la Presidencia una partida de 600 000 € destinada a “dar a conocer a los ciudadanos la Ley y el portal de la transparencia”. Dicha campaña de publi-

cidad institucional se produjo en el período de ejecución del 2 de junio al 31 de diciembre de 2014.

Por tanto, la LTBG está plenamente vigente en estos momentos, a excepción de las determinaciones referidas a la adaptación de las organizaciones de las entidades locales y comunidades autónomas, que tienen un plazo máximo de 2 años, que finaliza el 10 de diciembre de este año.

## 5

### Determinaciones legales más importantes para las entidades locales

#### 5.1

#### Régimen sancionador

Una primera cuestión de capital importancia sobre la Ley, y que denota la voluntad del legislador sobre su implantación, es la posibilidad de imposición de sanciones por su incumplimiento, lo que la une a las dos características esenciales de cualquier norma como son la generalidad y publicidad a través de esta tercera esencial que es la coercibilidad, esto es, la capacidad para obligar.

Y para cumplir el anterior objetivo, la LTBG consagra un régimen sancionador estructurado en tres ámbitos:

- ❖ Infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses (art. 27 de la LTBG). Incumplimiento de normas sobre incompatibilidades y las reguladoras de las declaraciones que deben efectuar los altos cargos locales o asimilados. Para la sanción de estas infracciones se remite en el caso de la Administración local a la normativa que resulte de aplicación.
- ❖ Infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria (art. 28 de la LTBG). Consideradas todas ellas<sup>9</sup> como muy graves.
- ❖ Infracciones disciplinarias (art. 29 de la LTBG). Divididas en muy graves, graves y leves.

La comisión de las infracciones previstas en estos dos últimos artículos dará lugar, para cada una de ellas, a la imposición de las sanciones contempladas en el art. 30 de la LTBG. En este mismo precepto se determinan los criterios de graduación de estas sanciones. Igualmente se indica que, cuando

9. Varias, derivadas del incumplimiento de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPS).

la infracción pudiera ser constitutiva de delito, la Administración pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos, absteniéndose de seguir el procedimiento hasta que la autoridad judicial se pronuncie al respecto. Y, de la misma forma, cuando los hechos estén tipificados como infracción en una norma administrativa especial, procederá dar cuenta de estos a la Administración competente para instruir el correspondiente procedimiento sancionador, suspendiéndose las actuaciones hasta la terminación de aquel<sup>10</sup>.

Por lo que respecta al procedimiento sancionador, así como al órgano competente para ordenar la incoación del mismo e imponer la sanción, se contemplan en el art. 31 de la LTBG. En el caso de la Administración local<sup>11</sup>, cuando los posibles responsables sean altos cargos o asimilados a su servicio, la orden de incoación del procedimiento se dará por los órganos que tengan atribuidas estas funciones de acuerdo al régimen disciplinario propio de las entidades locales. Y en cuanto a la imposición de sanciones, corresponderá a estos mismos órganos o, en su caso, el Pleno o la Junta de Gobierno de la entidad local de que se trate.

Por último, el plazo de prescripción de las infracciones muy graves, graves y leves previstas en este título II será el recogido en el art. 32 de la LTBG.

Parece que con lo dispuesto en este título II lo que se busca es “que los ciudadanos cuenten con servidores públicos que ajusten sus actuaciones a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y sobre todo de responsabilidad”, y para ello se toman las medidas sancionadoras que hemos visto.

En lo que atañe a la Administración local, sin embargo, vemos que esta plausible intención puede presentar dificultades de aplicación en la práctica, principalmente por las siguientes razones que apuntamos con el indicado Sánchez Moretón<sup>12</sup>:

- Es difícil concretar quién tiene la condición de alto cargo o asimilado en esta Administración, pues, como vimos, por la LTBG se hace una remisión a tal efecto a la normativa local. En esta normativa no existe disposición alguna que permita definir con precisión qué ha de entenderse por alto cargo o asimilado. No obstante, de la legislación básica del Estado podemos deducir que podría incluirse en este concepto a:

10. No se considerará norma especial la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), en relación con las infracciones en materia económico-presupuestaria (art. 28 de la LTBG), resultando posible tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial (contenido en los arts. 176 y siguientes de la LGP) simultáneamente al procedimiento sancionador.

11. En esto seguimos a Francisco SÁNCHEZ MORETÓN, en “Apunte sobre la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, publicado en [www.dipsanet.es/atm/estudios/NotasobreLeydeTransparencia.doc](http://www.dipsanet.es/atm/estudios/NotasobreLeydeTransparencia.doc)

12. FRANCISCO SÁNCHEZ MORETÓN, *op. cit.*

- **Los representantes locales** (concejales), incluidos los diputados provinciales y los miembros de los cabildos y consejos insulares.
- **Personal directivo.** Previsto en el art. 13 del EBEP, pero sin desarrollo en la Administración local, salvo en el caso de los municipios de gran población del título X de la LRBRL. En este régimen, el art. 130 de la LRBRL establece cuál es este personal, entre el que se encuentran el titular de la asesoría jurídica, el secretario general del Pleno, el titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma, y el interventor general municipal. En el caso de los pequeños y medianos ayuntamientos, parece claro que el secretario y el interventor o secretario-interventor podrían considerarse alto cargo o asimilado. Basamos esta apreciación, entre otras causas, en que precisamente con motivo del cargo que desempeñan pueden llegar a ser culpables de algunas infracciones tipificadas en el título II de la LTBG<sup>13</sup>.
  - En relación con los cargos electos, el régimen sancionador contenido en el título II de la LTBG no podrá afectar en ningún caso a la condición que ostenten, es decir, no podrá dar lugar a la separación de estos cargos.
  - Igualmente, en relación con estos mismos cargos electos, al menos en lo tocante al alcalde, miembro de la corporación de mayor relevancia<sup>14</sup>, la LTBG prevé que le pueda iniciar procedimiento sancionador y finalmente sancionar el Pleno. Sin embargo, no debe olvidarse que la presidencia del órgano plenario municipal corresponde a este alcalde, así como la formación del orden del día y convocatoria de sus sesiones<sup>15</sup>.

Tampoco está claro en relación con las infracciones derivadas del incumplimiento de incompatibilidades y formulación de declaraciones cuál sea la normativa en el ámbito local que las tipifique y sancione.

Lo que sí parece cierto, por último, y constituye motivo de reflexión, es que, además de a los cargos representativos, también a los altos cargos que puedan ser

13. Dos muy claras: la omisión del trámite de intervención previa de los gastos, obligaciones o pagos, etc. (apartado d del art. 28), y la emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos, etc. (apartado c del art. 29.2).

14. Y a quien viene atribuida por el art. 21.1 a) de la LRBRL la competencia de sancionar al personal.

15. Arts. 21.1 c) de la LRBRL y 80.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

funcionarios (interventores y secretarios-interventores) se les aplica un nuevo régimen de infracciones y sanciones en el importante campo de la gestión económico-presupuestaria que sin duda deberá ser tenido en cuenta por sus destinatarios. En lo que respecta a las infracciones disciplinarias, es materia que se aplicará de nuevo a los cargos representativos. A los funcionarios, las infracciones muy graves contenidas en el art. 29.1 de la LTBG ya les resultaban aplicables, pues (junto con otras) se recogen en el art. 95 del EBEP. En lo tocante a las sanciones graves y leves, en nuestra opinión primará ahora lo dispuesto en los arts. 29.2 y 3 de la LTBG, sin perjuicio de otras posibles infracciones y sus sanciones que ya resulten de aplicación conforme a lo dispuesto en los arts. 95.3 y 4 y 96 del EBEP.

## 5.2

### Publicidad activa

En cuanto a la obligación atribuida a las Administraciones Públicas, ubicadas en el ámbito de aplicación de las determinaciones sobre la “publicidad activa”, tal y como analiza Villoria<sup>16</sup>, vista la determinación denominada “publicidad activa”, debemos plantearnos qué significa ese término. Así, la publicidad activa es una información agrupada en las categorías que se definen en la Ley, y que las Administraciones Públicas deberán publicar periódica y actualizadamente, de forma que se pueda garantizar la transparencia de su actividad.

Estas determinaciones sobre publicidad se descomponen en una serie de obligaciones informativas de carácter institucional, organizativo, de planificación, de cuestiones con relevancia jurídica, de carácter económico, presupuestario y estadístico, que a continuación desarrollamos brevemente.

### 5.2.1

#### Información institucional, organizativa y de planificación

La Ley comienza el listado de obligaciones con aquellas más vinculadas a informaciones que podrían ayudar a mejorar la eficacia del sector público (en sentido muy amplio) y que permitirían a los ciudadanos receptores de la

16. Manuel VILLORIA MENDIETA, *La publicidad activa en la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias*, Colección “Govern Obert”, número 1, Generalitat de Catalunya, 2014, págs. 21-60; y, del mismo autor, “Publicidad activa”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE (coords.), *op. cit.*, págs. 1 a 34.

información clarificar sus derechos y obligaciones y simplificar sus interacciones con las entidades públicas:

- a) Funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación, así como su estructura organizativa. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional.
- b) Planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica, junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente.

## 5.2.2

### Información de relevancia jurídica

La información de relevancia jurídica puede ser un instrumento muy importante de cara a la mejora de la calidad de nuestra democracia, siempre que se conecte a vías de participación y colaboración ciudadanas en la elaboración normativa. Adelantar la información de cómo va a ser la norma sin que los ciudadanos puedan intervenir en el proceso puede ser incluso contraproducente, y deslegitimar más aún a los poderes públicos. Veamos lo que establece la norma como debidamente publicable:

- a) Las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos, en la medida en que supongan una interpretación del derecho o tengan efectos jurídicos.
- b) Los anteproyectos de ley y los proyectos de decretos legislativos cuya iniciativa les corresponda, cuando se soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes. En el caso en que no sea preceptivo ningún dictamen, la publicación se realizará en el momento de su aprobación.
- c) Los proyectos de reglamentos cuya iniciativa les corresponda. Cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes, sin que ello suponga, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública.
- d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos; en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.

- e) Los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un periodo de información pública durante su tramitación.

### 5.2.3

#### Información económica, presupuestaria y estadística

La información de este tipo es la que más importancia tiene de cara a la prevención y lucha contra la corrupción, aunque la eficiencia también puede verse muy beneficiada con este tipo de información pública. En general, los sujetos del art. 2.1 deberán publicar los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican en el art. 8. Veamos lo que la Ley exige que se publique:

- a) Contratos. Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.
- b) Convenios suscritos. La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones, y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración y obligaciones económicas, así como las subcontrataciones que se realicen, con mención de los adjudicatarios, del procedimiento seguido para la adjudicación y de su importe. En cuanto a las encomiendas de gestión<sup>17</sup>, pueden ser de dos tipos: las del art. 4.1.n) del TRLCSP y las que se regulan por el art. 15 de

17. Al respecto, *vid.* Miguel Ángel BERNAL BLAY, “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1.1) TRLCAP”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 129, Thomson-Civitas, 2006.

la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en ambos casos nos encontramos con mecanismos destinados al suministro interno.

Según informes del Tribunal de Cuentas y de la Comisión de la Competencia, la encomienda de gestión debería ser modificada en su regulación para evitar que se convierta en un instrumento de evasión de la contratación y, además, de carácter claramente ineficiente. Por ello, el Tribunal de Cuentas propone que en los expedientes de encomiendas se proceda a una justificación detallada y exhaustiva de la necesidad de llevarlos a cabo, justificando la mayor economía y eficiencia de esta vía frente a la contratación abierta.

- c) Subvenciones y ayudas públicas concedidas. En primer lugar, es importante destacar que hay que publicitar no solo las subvenciones y ayudas de la Ley General de Subvenciones, sino todas las que se reciban, incluso las no sometidas a publicidad en la citada Ley o no reguladas por ella. La normativa de subvenciones ya establece que estas deben someterse a principios de concurrencia competitiva y publicidad en el BOE, y la LTBG exige ahora que la publicidad se haga en las páginas web o sedes electrónicas y que se incluyan las subvenciones nominativas y las inferiores a 3000 euros; además de que deberán publicarse ayudas no reguladas por la Ley General de Subvenciones, como las recibidas por los partidos de las Administraciones Públicas.
- d) Presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. Conforme al muy citado *Open Data Index* de la *Open Knowledge Foundation* (consultado el 10 de marzo de 2015), España solo cumple el 50 % de los requisitos requeridos por esta Fundación para tener presupuestos plenamente abiertos; en concreto, los fallos fundamentales de los presupuestos españoles tienen que ver con los formatos con los que se publican, que no son reutilizables en hoja de cálculo, ni están publicados con licencia abierta.

Siguiendo de nuevo con Villoria<sup>18</sup> y el citado *Open Data Index*, España tiene cero puntos sobre cien en el apartado de transparencia en los gastos gubernamentales. Según el índice, ni tenemos datos

---

18. Manuel VILLORIA MENDIETA, *La publicidad activa en la Ley de transparencia, ..., op. cit.*

suficientes, ni están disponibles para los ciudadanos, ni en forma digital, ni son reutilizables, etc.

- e) Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan. Ciertamente, aun cuando la mejora en la calidad técnica de los presupuestos en los niveles subnacionales de Gobierno ha sido elevada desde la Ley de Sostenibilidad Financiera, las cuentas anuales ya dan una información más precisa de lo que ha pasado que el presupuesto en sí mismo, pues se conocen los ingresos y gastos efectivos; por ello, es fundamental para la transparencia económico-financiera que se publiquen en línea, en formatos reutilizables, las cuentas anuales. Lo que no se entiende muy bien es por qué solo se incorporan a la publicidad activa los informes de fiscalización externa y no los de fiscalización o auditoría interna, que tienen una importancia cada vez mayor en el ámbito público

Más aún, el verdadero control del cumplimiento de objetivos de las Administraciones que se busca con el art. 6.2 de la LTBG debería estar ligado a la realización de auditorías operativas generalizadas, realizadas por parte de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) (e Intervenciones autonómicas y locales), con lo que su publicación permitiría un cumplimiento de dicho artículo con mayores garantías que las que se derivan de poner en manos de las inspecciones de servicios internas esta labor.

- f) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos, así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local. Este epígrafe, que solo afecta, como es lógico, a los sujetos del art. 2.1, es bastante extraño en su configuración, aun cuando supone un avance en materia de transparencia. Lo mismo pasa con el epígrafe que sigue, que también trata el mismo tema. A partir del momento en que la Ley entre en vigor, la Oficina de Conflictos de Interés (y sus homólogas autonómicas) deberá colgar en la página web correspondiente todas las resoluciones de autorización de compatibilidades de los empleados públicos. No está claro si se incluye aquí a los altos cargos, aunque, de acuerdo con la normativa estatal, se entiende que difícilmente un alto cargo puede tener compatibilidades. Además, ¿quién es un alto cargo? Debe resaltarse que la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Es-

tado, establece al respecto, en su art. 5 (“Dedicación exclusiva al cargo público”): “Los altos cargos comprendidos en el artículo 3 ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, y, asimismo, tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada”. La publicidad activa en la Ley de Transparencia y su aplicación al cargo en un gobierno local, al igual que en ciertas autonomías, es algo dudoso. Lo que está claro es que no incluye a los cargos electos, ni a los responsables de los órganos constitucionales, ni a los jueces y fiscales. Con ello, se deja fuera a una parte importante de las personas con mayores problemas en este ámbito: los alcaldes y concejales y los diputados.

En opinión de Villoria<sup>19</sup>, España tiene un grave fallo normativo en esta materia, como diferentes instancias internacionales nos vienen recordando (entre las cuales, el Grupo de Estados Contra la Corrupción, GRECO), pues los electos tienen un sistema de conflictos de interés e incompatibilidades muy mal regulado, y, lo que es peor aún, un sistema sin controles serios y con lagunas clamorosas.

Poner en manos de los secretarios municipales el control de los conflictos de interés de los alcaldes y concejales supone un problema, por la dependencia jerárquica y la relación diaria de servicio, y dejar que los propios diputados, a través de su Comisión correspondiente, se den compatibilidades abiertamente ilegales o, como mínimo, inmorales, también lo es. Al menos, con la LTBG vamos a poder conocer si se cumple la ley, las resoluciones de compatibilidad de los Gobiernos locales sobre empleados públicos, o las que dé el Congreso a sus funcionarios (pues son empleados públicos). Pero no conoceremos las resoluciones de compatibilidad para alcaldes y concejales, ni para diputados y senadores. En cuanto a los jueces y fiscales, a estos últimos la ley no les afecta, pues por un error incomprensible la Fiscalía no es sujeto obligado.

- g) Las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril,

19. Manuel VILLORIA MENDIETA, *La publicidad activa en la Ley de transparencia, ..., op. cit.*

Reguladora de las Bases del Régimen Local. Cuando el reglamento no fije los términos en que han de hacerse públicas estas declaraciones, se aplicará lo dispuesto en la normativa de conflictos de intereses en el ámbito de la Administración General del Estado. En todo caso, se omitirán los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles, y se garantizará la privacidad y seguridad de sus titulares. La publicidad activa en la Ley de Transparencia supone la concreción de lo ya previsto de acuerdo con la Ley del Suelo, en concreto en su disposición adicional novena 3, que modificó el art. 75.7 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local estableciendo que:

*Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos.*

*Formularán asimismo declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades.*

*Tales declaraciones, efectuadas en los modelos aprobados por los plenos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho.*

*Las declaraciones anuales de bienes y actividades serán publicadas con carácter anual, y en todo caso en el momento de la finalización del mandato, en los términos que fije el Estatuto municipal.*

*Tales declaraciones se inscribirán en los siguientes Registros de intereses, que tendrán carácter público:*

*a) La declaración sobre causas de posible incompatibilidad y actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, se inscribirá, en el Registro de Actividades constituido en cada entidad local.*

*b) La declaración sobre bienes y derechos patrimoniales se inscribirá en el Registro de Bienes Patrimoniales de cada entidad local, en los términos que establezca su respectivo estatuto.*

Esta regulación, por desgracia, tiene varios problemas muy importantes de implantación: primero, que nadie controla que lo allí dicho sea cierto; segundo, que la publicidad puede hacerse de forma opaca, en un boletín interno que nadie lea; tercero, que muchos ayuntamientos no han regulado esta obligación en el estatuto para evitar que se les aplique. Por ello, la LTBG supone un avance importante

en la materia, dado que, si se publicita en línea, de forma clara, estructurada y entendible, con independencia de que se incluya o no en el reglamento orgánico, habrá muchos ciudadanos que puedan comprobar si lo que se dice en las declaraciones es cierto, lo que desincentivará la falsedad y los posibles actos corruptos.

- h) Información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos. Esta obligación, por su naturaleza, tampoco es aplicable a los sujetos del art. 3. En cuanto a qué puede implicar, es muy difícil de definir a priori. Cada administración y organismo definirá cómo valora el cumplimiento y la calidad de los servicios públicos. No obstante, parece obvio que cumplir con la obligación exige una investigación de suficiente calidad como para poder valorar, y no estimar, el cumplimiento. A este efecto, la AEVAL desarrolla un trabajo bastante serio y riguroso en la materia, y su modelo podría ser el adecuado para el resto de Administraciones autonómicas, mientras que, para las locales, lo ideal es que trabajaran en cooperación con la propia AEVAL para la evaluación rigurosa de la calidad de sus servicios. Además de los datos que proporcionen AEVAL o sus homólogas autonómicas, cada organismo público podría y debería tener un sistema de seguimiento apropiado de sus servicios más específicos.

En materia medioambiental, por ejemplo, son muy importantes los datos o índices de la calidad del agua interior (lagos, ríos, embalses, etc.) en cada región, o los datos sobre las emisiones de gases de efecto invernadero nacionales y regionales, y el cumplimiento del Protocolo de Kioto. O, en el ámbito sanitario, sería conveniente que se publicaran datos con periodicidad regular sobre el número de hospitales, centros de atención sanitaria, y plazas/camas hospitalarias por habitante, y su rendimiento; sobre las listas de espera de los distintos centros sanitarios; catálogos de los distintos servicios públicos y sus condiciones de acceso (horarios, precios, etc.).

### 5.3

#### Régimen de acceso a la información

Un tercer aspecto es el referido a los derechos de acceso a la información por parte de los ciudadanos y sus procedimientos, lo que Guichot<sup>20</sup> denomina

20. Emilio GUICHOT, “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública y régimen de impugnaciones”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE (coords.), *op. cit.*, pág. 61.

“publicidad pasiva”, y así, siguiendo a Rodríguez Carbajo<sup>21</sup>, podemos destacar los siguientes apartados.

### 5.3.1

#### Legitimación para acceder a la información pública

El derecho de acceso a la información pública no está concebido como un instrumento para la tutela de derechos o intereses individuales, sino como un medio de control de los poderes públicos y de fomento de la participación ciudadana. De ahí que el art. 12 de la LTBG reconozca a “todas las personas” el derecho de acceder a la información pública, y que el art. 17.3 de la LTBG establezca que el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. En consecuencia, tanto las personas físicas como las jurídicas, sean nacionales o extranjeras, públicas o privadas, pueden ejercitar el derecho de acceso a la información pública.

### 5.3.2

#### El objeto del derecho de acceso

A tenor de lo establecido en el art. 13 de la LTBG: “Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de algunos de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.

La interpretación de ese precepto plantea el problema –especialmente en el caso de las sociedades públicas– de determinar si esa información susceptible de acceso es solo aquella que pueda considerarse adquirida en el ejercicio de funciones públicas (normativa que le es de aplicación, estructura organizativa como sociedad pública –altos cargos y máximos responsables–, contratación del sector público, cuentas anuales, informes de auditoría y de fiscalización, etc.), o debe entenderse comprendida también aquella información que se refiera al giro o tráfico privado de la sociedad al hilo de la actuación ordinaria de su fin social (que no es ya el interés general, sino el ánimo de lucro a través del ejercicio de su actividad mercantil).

---

21. José Ramón RODRÍGUEZ CARBAJO, “La Ley de Transparencia ante su entrada en vigor”, *Actualidad Administrativa*, número 1, Editorial LA LEY, enero 2015.

Al respecto hay que decir que el Anteproyecto de la Ley de Transparencia definía la información pública como aquella que hubiese sido elaborada o adquirida por los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley “en el ejercicio de sus funciones públicas”. Sin embargo, ya en el Proyecto de la Ley se suprimió el término “públicas”, de forma que la locución “en el ejercicio de sus funciones” parece resultar sinónima de “en el ejercicio de las competencias que son propias” de los sujetos comprendidos en la Ley.

En análogo sentido se pronuncia, por ejemplo, la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja, para la cual “información pública” es: “Aquella información, cualquiera que sea su soporte y forma de expresión, poseída o elaborada por los sujetos comprendidos en el artículo 2 de esta Ley –entre los que se encuentran las empresas públicas–, y que no se halle sujeta a los límites de confidencialidad establecidos por la legislación básica aplicable” (art. 3.ºc).

Ahora bien, no hay que olvidar que, además de los límites derivados de la protección de datos personales recogidos en el art. 15 de la LTBG, el art. 14 de la misma establece los límites al derecho de acceso en los términos siguientes:

1. *El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:*
  - a) *La seguridad nacional.*
  - b) *La defensa.*
  - c) *Las relaciones exteriores.*
  - d) *La seguridad pública.*
  - e) *La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.*
  - f) *La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.*
  - g) *Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.*
  - h) *Los intereses económicos y comerciales.*
  - i) *La política económica y monetaria.*
  - j) *El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.*
  - k) *La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.*
  - l) *La protección del medio ambiente.*

Lógicamente el art. 14.2 de la Ley estipula que la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección, y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso, por la

lógica plasmación del principio de proporcionalidad que evite el uso generalizado y extensivo de estos límites.

Por tanto, parece que la finalidad de preservar las informaciones relativas al giro o tráfico propio de las sociedades públicas debería conseguirse, más que por la vía del concepto de “información pública”, por la aplicación de los límites al derecho de acceso a la información pública; en especial, de los contenidos en los apartados h) (los intereses económicos y comerciales) y k) (la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión) del art. 14 LTBG.

### 5.3.3

#### **Órgano competente para tramitar y resolver las solicitudes de acceso a la información pública**

La LTBG establece que la solicitud de acceso a la información “deberá dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información” (art. 17.1), que en el ámbito de la Administración General del Estado existirán unidades especializadas en “recibir y dar tramitación a las solicitudes de acceso a la información” (art. 21.2 b), y que “el resto de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación de este título identificarán claramente el órgano competente para conocer de las solicitudes de acceso” (art. 21.3). Obviamente, en el ámbito de la Administración local, si no se especifica órgano alguno, en virtud de la competencia residual, el responsable será el alcalde, circunstancia igualmente predicable para el presidente de la diputación provincial en su respectivo ámbito competencial.

Por tanto, la LTBG no especifica los órganos competentes para resolver las solicitudes de acceso a la información, lo cual habrá de concretarse por cada uno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la LTBG.

La Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja, determina en su art. 15 que los órganos competentes para la resolución del procedimiento de acceso a la información pública son:

1. *En el ámbito de la Administración general de la Comunidad Autónoma de La Rioja serán competentes para la resolución del procedimiento los titulares de los órganos de la consejería que posean la información solicitada.*
2. *En los organismos públicos serán competentes los presidentes.*
3. *En los consorcios, fundaciones y empresas públicas integrantes del sector público autonómico serán competentes los órganos que determinen sus normas estatutarias o de régimen de funcionamiento.*

*En su defecto, será competente el órgano máximo que tenga atribuidas funciones decisorias.*

4. *En el marco de la autonomía institucional que les reconoce el ordenamiento jurídico riojano, el Parlamento de La Rioja, el Consejo Consultivo de La Rioja y la Universidad de La Rioja determinarán el órgano competente para resolver las solicitudes de información pública.*

### 5.3.4

#### **La reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno**

El art. 20.5 de la LTBG establece que: “Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa prevista en el art. 24”.

No obstante, contra las resoluciones que en materia de acceso a la información dicten los órganos constitucionales no cabe reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, sino que solo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo (art. 23.2). Los órganos constitucionales son los previstos en el art. 2.1.f) de la LTBG .

Es decir que, si el solicitante de la información no se encuentra satisfecho con la respuesta –expresa o presunta por el transcurso, en principio, de un mes– que se le ha dado, tiene una doble opción: o interponer directamente recurso contencioso-administrativo, o interponer previamente una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, o en el ámbito de las entidades locales y comunidades autónomas, los órganos que estas últimas creen en idéntico régimen que los tribunales de contratación.

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno fue creado por la Ley 19/2013, que dedica al mismo su título III, configurándolo dentro de las llamadas autoridades administrativas independientes (organismo público de los previstos en la disposición adicional 10.<sup>a</sup> de la LOFAGE, Ley 6/1997). Por Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, se aprobó su Estatuto, que lo adscribe orgánicamente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.

Respecto al régimen de esa impugnación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, señala el art. 23.1 de la LTBG que: “La reclamación prevista en el artículo siguiente tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2

de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, y el art. 24 indica el procedimiento a seguir en los siguientes términos:

1. *Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa.*
2. *La reclamación se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo.*
3. *La tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga.*

4. *El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada.*
5. *Las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se publicarán, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezca reglamentariamente, una vez se hayan notificado a los interesados. El presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno comunicará al defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo.*
6. *La competencia para conocer de dichas reclamaciones corresponderá al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, salvo en aquellos supuestos en que las comunidades autónomas atribuyan dicha competencia a un órgano específico, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta de esta Ley.*

En la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la LTBG se establece el órgano competente para la tramitación y resolución de las reclamaciones en el ámbito de las comunidades autónomas y corporaciones locales y sus sectores públicos respectivos, en los siguientes términos:

1. *La resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las*

*Administraciones de las comunidades autónomas y su sector público, y por las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las comunidades autónomas.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, contra las resoluciones dictadas por las asambleas legislativas y las instituciones análogas al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo en el caso de esas mismas reclamaciones solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo.*

2. *Las comunidades autónomas podrán atribuir la competencia para la resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias.*
3. *Las ciudades con estatuto de autonomía podrán designar sus propios órganos independientes o bien atribuir la competencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, celebrando al efecto un convenio en los términos previstos en el apartado anterior.*

Por tanto, las reclamaciones que se formulen ante la “opacidad” de las entidades locales se deberán presentar ante el correspondiente órgano autonómico, o, si la comunidad correspondiente suscribió un convenio, ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Así, la pelota está en manos de las comunidades autónomas, hasta el 10 de diciembre.

### 5.3.5

#### El proceso contencioso-administrativo

Cuando el solicitante, disconforme con la respuesta dada a su solicitud de información, haya acudido en reclamación previa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal, o los órganos equivalentes de las comunidades autónomas, hay que tener en cuenta que, a diferencia de otros supuestos de recursos contencioso-administrativos contra las denominadas autoridades administrativas estatales independientes, en que la competencia para su conocimiento se atribuye a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la LJCA), sin embargo no ha sucedido así con las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Go-

bierno. A juicio de Barrero<sup>22</sup>, la competencia ha de atribuirse a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, por aplicación de la regla residual del art. 10.1.m) de la LJCA<sup>23</sup>; sin embargo, parece preferible atribuir la competencia a los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, conforme al art. 9.1.c) de la LJCA.

Ahora bien, si el solicitante de la información pública prescinde de la reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y acude directamente a la vía contencioso-administrativa, la atribución para su conocimiento corresponderá al juzgado o tribunal competente en función de cuál haya sido el órgano encargado de resolver la solicitud de información, dentro de cada uno de los variados sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la LTBG.

Aquí se plantea la peculiaridad de que va a admitirse un recurso contencioso-administrativo contra entidades de Derecho privado como son las sociedades y las fundaciones del sector público. Es cierto que el art. 2.º f) de la LJCA establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con las restantes materias que le atribuya expresamente una ley, pero ello debería realizarse dentro del ámbito establecido por los arts. 9.4 de la LOPJ y 1.º2 de la LJCA, dentro del cual no se comprenden las entidades de Derecho privado.

Previsiblemente para evitar ese problema, la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y Gobierno Abierto de Navarra, estableció en su art. 26.2 que: “La Administración Pública podrá reservarse la facultad de resolver las solicitudes de información pública que reciban las sociedades y fundaciones públicas, entidades de derecho público a ella vinculadas y las personas que ejerzan funciones públicas o potestades administrativas o presten servicios públicos bajo su autoridad. En tal caso, especificará los órganos de cada departamento competentes para resolver estas solicitudes”.

Asimismo, resulta dudoso cuál será el órgano jurisdiccional competente para conocer de esos recursos contencioso-administrativos directos contra los acuerdos de las sociedades y fundaciones públicas; también aquí Barrero<sup>24</sup> considera que la competencia ha de atribuirse a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ, por aplicación de la regla residual del art. 10.1.m)

22. Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “La disposición adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 158, Thomson-Civitas, 2013, págs. 221-246.

23. Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, en AA. VV., *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Tecnos, 2014, pág. 244.

24. Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 245.

de la LJCA; sin embargo, parece preferible, por analogía, atribuir la competencia a los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, conforme al art. 9.1.c) de la LJCA, en el caso de las empresas y fundaciones estatales, y a los juzgados provinciales de lo contencioso-administrativo en el caso de las empresas y fundaciones de ámbito inferior.

### 5.3.6

#### **Las regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública; en especial, la relativa al procedimiento administrativo**

Pese a la permanente vocación uniformadora de los procedimientos administrativos que nuestra legislación viene propugnando desde la Ley de Santamaría de Paredes de 1885, lo cierto es que la pluralidad de procedimientos *ratione materiae* siempre ha consagrado, tanto en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 como en la LRJAPC, la existencia de procedimientos especiales; así, en la materia que nos ocupa, la disposición adicional primera de la LTBG lleva por rúbrica: “Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública”, y establece:

1. *La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.*
2. *Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.*
3. *En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización.*

La cuestión, tal y como destaca Rodríguez Carbajo<sup>25</sup>, cobra especial importancia en relación con el procedimiento administrativo, en el cual, con arreglo al art. 35.a) de la Ley 30/1992, los interesados tienen derecho a conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos, y a obtener copias de documentos contenidos en ellos.

Ahora bien, la LRJAPC no establece ningún procedimiento para recurrir de forma autónoma una negativa al ejercicio de ese derecho de acceso al expediente administrativo por parte de los interesados, y así, a título de ejem-

---

25. Ramón RODRÍGUEZ CARBAJO, *op. cit.*

plo, debemos recordar que todavía es frecuente la reticencia, cuando no la negativa, a facilitar a los interesados copias de los documentos del expediente por determinados órganos administrativos, basándose en las más peregrinas excusas. En cambio, con arreglo a la Ley estatal de Transparencia, que no limita el derecho de acceso a que la información se encuentre en expedientes terminados (como sucedía en la anterior redacción del art. 37 de la LRJAPC), resulta que cualquier persona sin tener la condición de interesado podrá solicitar acceder a los documentos de ese procedimiento en tramitación, y, si le fuese denegado, acudir al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, o directamente al proceso contencioso-administrativo.

Resulta así que puede ser de peor condición el interesado en un procedimiento administrativo en tramitación que el tercero ajeno a él en orden al derecho de acceso a ese expediente administrativo, aunque, como dice con gran sentido del humor Fernández Ramos<sup>26</sup>, siempre podría el interesado solicitar la información al amparo de la Ley de Transparencia mediante persona interpuesta.

## 6

### La transparencia en los ámbitos autonómicos y locales

Si se hubiera reconocido un derecho fundamental anclado en el art. 20 de la Constitución española, y no un mero derecho de carácter administrativo que afecta a la parte administrativa de los poderes públicos, no habría sido necesario realizar todo un ejercicio de argumentación del título competencial que se encuentra en la disposición final octava, que ha sido cuestionada desde planteamientos nacionalistas.

De las diferentes normas autonómicas sobre transparencia, La Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración Pública gallega, podemos afirmar que no se ajusta a la determinación básica de la LTBG desde el momento en que su art. 4 obliga al peticionario de información a ser una persona directamente interesada, ya que la información que se puede solicitar es aquella que “afecte(n) a sus derechos e intereses legítimos”. Ello exige una reforma de dicha Ley o una reinterpretación muy laxa del “interés” del demandante de información, pues con la actual redacción no es compatible con el nivel de transparencia establecido en la Ley 19/2013.

26. Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, número XIV, Zaragoza, 2013, pág. 238.

La Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de la Comunidad Foral de Navarra, tiene unas características totalmente diferentes. En este caso nos encontramos ante una auténtica norma de transparencia que en muchos casos, desde la perspectiva del ciudadano, sobrepasa a la Ley estatal, y así por ejemplo cuando establece el silencio administrativo positivo ante la demanda de información

Varias son las comunidades autónomas que se encuentran trabajando sobre una normativa de transparencia: Cataluña, Andalucía, Asturias, Extremadura, Castilla y León... En todo caso, parece que de nuevo nos encontramos ante una tendencia a establecer peculiaridades propias, que salvo en la organización son realmente innecesarias, por la claridad de la LTBG.

Si la Ley 19/2013 hubiese conformado el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno como una autoridad realmente independiente, que no lo es, por la adscripción que hace en el art. 33.2 al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en los términos de la LOFAGE, ya apuntados, podríamos hacer recaer sobre dicho Consejo la coordinación y estructuración del derecho de acceso a la información pública en todo el Estado.

Este es uno de los errores de la Ley de Transparencia. El art. 10, al referirse al Portal de Transparencia, prevé la colaboración entre Administraciones Públicas, tanto la estatal como las autonómicas, las propias de las ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades locales, algunas de las cuales ya tenían ordenanzas municipales de transparencia y participación.

Hablar de transparencia en los ayuntamientos españoles requiere referirnos a la labor desempeñada por Transparencia Internacional en sus Índices de Transparencia de los Ayuntamientos. Desde el año 2008 se han realizado cinco informes (2008, 2009, 2010, 2012 y 2014) a partir de unos 80 indicadores que evalúan la información proporcionada por unos 110 ayuntamientos. Lo más sobresaliente de esta acción es la reacción generalizada de los ayuntamientos, que buscan mejorar su posición en el ranking. Si en 2008 solo uno obtuvo el sobresaliente, en 2012 fueron treinta y tres. Transparencia Internacional también ha realizado tres índices de transparencia de las comunidades autónomas, en los años 2010, 2012 y 2014.

Ya en los últimos indicadores del año 2012 y en el de 2014 se incluía un apartado dedicado al “nivel de apertura o preparación informativa de cara a la próxima nueva Ley de Transparencia”. La Ley de Transparencia, y en concreto sus disposiciones sobre transparencia activa, la llamada publicidad activa en la Ley (más concretamente, los arts. 6, 7 y 8), constituirán parte de los indicadores de transparencia a incluir en los próximos índices sobre ayuntamientos y comunidades autónomas.

Por otro lado, la FEMP constituyó el 24 de febrero de 2015 la Red de Ciudades por la Transparencia y Participación Ciudadana, una iniciativa que marca la apuesta de la Federación por la transparencia, y que tiene como objetivo promover la innovación y mejora permanente de la relación entre los Gobiernos locales y los ciudadanos, bajo los principios del Gobierno Abierto y mediante el intercambio de experiencias y desarrollo de proyectos. Integridad, voluntad de búsqueda de soluciones, colaboración e intercambio, aprendizaje y apuesta por la innovación social, son los valores inspiradores de esta nueva Red.

En esta misma línea, la FEMP ha suscrito un convenio de colaboración con AENOR, con el cual, en palabras del presidente de dicha asociación de entidades locales, “la Federación pretende dar un paso más en la apuesta de las entidades locales por la transparencia y el buen gobierno, demostrando con ello su compromiso con la honradez y la integridad en la gestión pública, y adaptando al ámbito público mecanismos que cada vez son más habituales en el ámbito privado”.

A juicio de De la Serna, “desgraciadamente, la experiencia demuestra que el incremento y la mejora de la regulación no constituyen un antídoto suficiente para la prevención de prácticas corruptas. Se hace necesario potenciar medidas de autorregulación, que incrementen los controles internos de cada organización”.

Es fundamental evitar, mediante la prevención, la realización de comportamientos ilícitos, ahorrando con ello los costes reputacionales y de otro tipo que la iniciación de un proceso penal implica.

El compromiso con la transparencia y el buen gobierno es un avance en el concepto de ética pública, y lleva por primera vez a la Administración Pública en España, como ya se viene haciendo en otros países europeos, el cumplimiento público como objetivo, al tiempo que establece un sistema de controles internos para alcanzarlo.

El acuerdo firmado prevé en la elaboración un referencial, en el que queden identificados los requisitos y objetivos que permitan a las entidades locales implantar un sistema de gestión basado en los principios de buen gobierno, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad. Dicho Referencial permitirá implantar un estándar de calidad en las entidades locales, por medio de parámetros que coadyuven al cumplimiento normativo, la observancia de los procedimientos internos y el fomento de conductas adecuadas.

En definitiva, se trata de establecer mecanismos de prevención que permitan controlar riesgos de incumplimiento normativo, inobservancia de procedimientos internos o conductas indebidas. A través de programas de cumplimiento, las entidades locales que los implementen en su funcionamiento

podrán recibir la certificación por parte de AENOR, lo que les conferirá un plus de reconocimiento en esta materia.

## 7

### Las TIC como paradigma de la transparencia local

La potencialidad de las tecnologías de la información y la comunicación, y particularmente de Internet, para aumentar considerablemente la difusión de información administrativa y consecuentemente la transparencia de las Administraciones, es una realidad que no admite contestación<sup>27</sup>.

Además, en la actualidad, la mayor parte de la información administrativa de que disponen las Administraciones se encuentra en soporte electrónico, por lo que dar difusión a toda esa información a través de los portales web administrativos<sup>28</sup> no resulta una tarea ni difícil ni costosa.

De hecho, en algunos sectores de la actividad administrativa, si no fuera por estas tecnologías, sería prácticamente imposible controlar el ejercicio de la discrecionalidad, como en el caso del urbanismo, por la mera extensión de los documentos imprescindibles para la tramitación de los planes<sup>29</sup>, ya que en estos tiempos los administrados observan con cierto recelo la actividad urbanística que desarrollan, principalmente, las Administraciones locales y autonómicas. Se trata de una actividad que precisamente no se ha caracterizado por su transparencia, y que ha quedado envuelta en no pocas polémicas que, unidas al desconocimiento de esta actividad por parte del ciudadano medio, han generado un considerable descrédito hacia los gestores municipales por parte de sus administrados, tal y como apunta Martínez Gutiérrez<sup>30</sup>.

Las tecnologías de la información y la comunicación pueden emplearse en este ámbito para variar el panorama actual, tal y como acertadamente

27. Sobre este tema nos ocupamos en Fernando GARCÍA RUBIO, *Las nuevas tecnologías ante el derecho y la organización administrativa. Un estudio de sus repercusiones sobre la Administración local*, INAP, 2003.

28. Véase a este respecto la ponencia de C. ROCCA en el I Congreso Internacional “La transparencia como instrumento de innovación de la Administración Pública”, celebrado en Toledo y organizado por la UCLM en noviembre de 2013. Las video-actas están disponibles en el siguiente enlace: <http://v2.uclm.es/buscador.aspx?p=2&b=&serie=127&campus=%20&centro=>.

29. Véase al respecto M.<sup>a</sup> F. GÓMEZ MANRESA, “Las tecnologías de la información y de la comunicación y el urbanismo. En especial, la necesaria aplicación al ámbito urbanístico de la normativa ambiental”, en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, número 13, 2008.

30. Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. Límites legales a las potestades discrecionales y la aportación de las TIC”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, 2014.

apuntó Martínez Gutiérrez<sup>31</sup>. El objetivo a alcanzar no es otro que implicar a la ciudadanía para conseguir que participe en la confección del planeamiento urbanístico, para lo cual resulta indispensable ofrecer a los ciudadanos información y documentación durante la tramitación del planeamiento, a no ser que por razones de interés público fuese deseable mantener bajo reserva o cautela la información relativa a las futuras reclasificaciones de suelo, para evitar que dicha información privilegiada pudiese conllevar compras de suelo clasificado como no urbanizable a sabiendas de que el nuevo planeamiento lo clasificará como urbanizable.

La utilización de las páginas web públicas para difundir información y conocimiento sobre los instrumentos de ordenación urbanística, y muy especialmente de los planes generales, se está convirtiendo en una práctica relativamente frecuente<sup>32</sup>.

Las sedes electrónicas (y portales web públicos) reguladas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y también en la normativa sobre administración electrónica, deberían utilizarse para conseguir el objetivo de fomentar la participación ciudadana en el ámbito del urbanismo, ya que constituyen valiosos instrumentos de difusión de todo tipo de información administrativa, de manera que pueda aumentarse la transparencia y publicidad en este sector de la actuación de los poderes públicos.

El legislador nacional, consciente de esta necesidad, ha decidido incorporar en la legislación urbanística, ya desde el año 2007 (con la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo), una serie de preceptos que inciden<sup>33</sup> específicamente en el fomento y utilización de las nuevas tecnologías como mecanismos para difundir los instrumentos urbanísticos y de ordenación del territorio. En concreto, el actual 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), ha establecido una serie de determinaciones, y establece obligaciones relativas a la publicidad electrónica de los instrumentos de ordenación urbanística con la finalidad de promover el aumento de la información disponible para los ciudadanos.

31. Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “La transparencia (y la reserva de información) en el...”, *op. cit.*

32. Al respecto de esta afirmación, J. M. RAMÍREZ SÁNCHEZ, “Bases del régimen del suelo”, en F. J. ENÉRIZ OLAECHEA y J. L. BELTRÁN AGUIRRE (dirs.), *Comentarios a la Ley de Suelo. Ley 8/2007, de 28 de mayo*, Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 292 y 293.

33. Al respecto, *vid.* Julián VALERO TORRIJOS, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por difusión de contenidos propios en Internet”, en AA. VV., *Responsabilidad de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, 2007, págs. 107 y 108.

Del referido TRLS destacan, por lo que aquí interesa, los arts. 4.c) (derecho de acceso a la información), 11 (fomento de la publicidad telemática de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, especialmente en su apartado 4.º), la disposición adicional primera (que regula el sistema de información urbana) y la disposición adicional novena, apartado 2.º, que añade un nuevo artículo, el 70 ter, a la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) (para imponer a las Administraciones competentes obligaciones de publicidad telemática de los instrumentos urbanísticos y de los actos de tramitación de los mismos).

Con estos preceptos, la legislación urbanística y de régimen local pretende asegurar “unos estándares mínimos de transparencia, de participación ciudadana real y no meramente formal, y de evaluación y seguimiento de los efectos que tienen los planes sobre la economía y el medio ambiente”.

El art. 4.c) del TRLS establece que los ciudadanos tienen derecho a “acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su evaluación ambiental, así como obtener copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados, en los términos dispuestos por su legislación reguladora”. Este precepto no es más (en opinión del indicado Martínez Gutiérrez<sup>34</sup>) que la concreción en el ámbito urbanístico del derecho general de acceso a los archivos y registros administrativos fijado en la letra h) del art. 35 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, y también, actualmente, en la ya aludida Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en sus arts. 12 a 24 (lo que según la disposición final primera de la propia Ley sustituye la anterior regulación del derecho de acceso establecida por el art. 37 de la LRJAPC).

La versión electrónica de este derecho general se desprende de los arts. 6.1, 6.2.e) y 32.3 de la LAECSP, y una interpretación conjunta de estos preceptos y del art. 4.c) de la Ley de Suelo permite afirmar que el derecho de acceso electrónico a la información urbanística debería haberse podido ejercitar por todos los administrados desde el ya lejano 31 de diciembre de 2009. No se plantean, pues, mayores inconvenientes, ni legales ni técnicos, para ejercitar electrónicamente el derecho de acceso a la información urbanística, al ser de aplicación el régimen general de la LRJAPC, de la LTAIPBG y de la LAECSP. En la anterior fecha, según la disposición final tercera de la LAECSP, se en-

---

34. Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “La transparencia (y la reserva de información) en el...”, *op. cit.*

cuenta plenamente vigente el art. 6 de la LAECSP, que regula los derechos de los ciudadanos en el modelo de administración electrónica.

El apartado 4.º del art. 11 (“Publicidad y eficacia en la gestión pública urbanística”) del TRLS<sup>35</sup> se limita a formular lo que parece ser una simple declaración de intenciones, y no una obligación efectiva en orden a exigir la publicidad telemática de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística. Este precepto establece que: “Las Administraciones Públicas competentes impulsarán la publicidad telemática del contenido de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, así como del anuncio de su sometimiento a información pública”. De su tenor literal no se desprende una obligación efectiva para la publicidad telemática de dichos instrumentos urbanísticos; sin embargo, este precepto debe interpretarse en conexión con las previsiones de la disposición adicional novena, apartado 2.º.

Mediante esta disposición adicional se procede a añadir un nuevo artículo, el 70 ter, a la LRBRL. Pues bien, el apartado 2.º de este art. 70 ter sí que establece una clara obligación legal de publicación telemática de las actuaciones urbanísticas, al determinar que: “Las Administraciones Públicas con competencias en la materia, publicarán por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración”.

Como puede observarse, se trata de una clara y precisa obligación legal de publicar por medios telemáticos tres tipos de informaciones o documentos:

1. Todos los instrumentos de ordenación urbanística vigentes;
2. Los anuncios del sometimiento de estos instrumentos a información pública;
3. Todos los documentos relativos a los actos de tramitación que sean relevantes para la aprobación o modificación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

Se entiende que dicha información podrá encontrarse disponible bien en una sección específica y concreta de la sede electrónica de la Administración competente o bien en una sede electrónica general constituida expresamente para cumplir con dicha finalidad.

La disposición adicional primera del TRLS se refiere a la habilitación de un “sistema de información urbana” (coordinado con el resto de

35. Al respecto, *vid.* J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, “La nueva Ley de Suelo y su incidencia en la legislación de régimen local”, en F. J. ENÉRIZ OLAECHEA y J. L. BELTRÁN AGUIRRE (dirs.), *op. cit.*, págs. 578 a 589.

sistemas de información, especialmente con el del catastro inmobiliario) que, en aras de obtener la mayor transparencia posible, contendrá información actualizada (permanentemente) sobre suelo y urbanismo. Con el fin de promover la transparencia, la Administración General del Estado, en colaboración con las comunidades autónomas, definirá y promoverá la aplicación de aquellos criterios y principios básicos que posibiliten, desde la coordinación y complementación con las Administraciones competentes en la materia, la formación de una sede electrónica específica en la que radique dicho sistema. Lógicamente, las sedes electrónicas de las Administraciones con competencias en esta materia deberían disponer de una sección específica que, de un lado, reenvíe a la dirección electrónica del “sistema de información urbana”, y, de otro, contenga también los tres tipos de informaciones o documentos que les competen a los que obliga el art. 70 ter.2 de la LRBRL. La obligación de publicar electrónicamente la información y documentación urbanística será de aplicación a todos los municipios de más de 5000 habitantes, por lo que dicha información deberá encontrarse accesible en sus sedes electrónicas. En el supuesto de los municipios menores de 5000 habitantes, el último inciso del apartado 2.º del art. 70 ter de la LRBRL determina que la publicación telemática de dicha información podrá realizarse a través de las diputaciones, en los términos encomendados por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local 27/2013, de 27 de diciembre, u otros entes supramunicipales que tengan atribuida la función de asistencia y cooperación técnica con ellos, que deberán prestarles dicha cooperación.

Como es sabido, esta función de asistencia a municipios pequeños corresponde principalmente a las diputaciones provinciales, que deberán prestar el soporte técnico necesario para que dichos municipios puedan publicar telemáticamente su información urbanística, por lo que no sería descabellado que dicha información se encontrase disponible (en los mismos términos que apuntábamos anteriormente) en las sedes electrónicas de las diputaciones o en una sección de las mismas dedicada al municipio de que se trate.

Debemos recordar que la nueva redacción del art. 34 de la LRBRL, operada por la LRSAL, establece como competencia propia de las diputaciones provinciales la implantación de la administración electrónica, por lo que ya no será una función genérica dentro del margen de la cooperación y asistencia técnica a los municipios, sino específica y propia de las diputaciones en el campo de la implantación de la administración electrónica.

## 8

## La aplicación de la Ley de Transparencia en las entidades locales: un panorama

A los efectos de medir la transparencia, por un grupo de investigadores de la URJC se ha creado un índice<sup>36</sup>, mediante indicadores de la transparencia de los principales ayuntamientos de España.

Dicha valoración se ha realizado conforme a un indicador de elaboración propia, a partir de una recogida homogénea de información realizada mediante un cuestionario aplicado a las páginas web municipales. Este cuestionario se agrupa en cuatro bloques de información o apartados, siguiendo el texto de la Ley:

Los cuatro bloques de información son los siguientes, cada uno con su ponderación respecto al 100 %:

Bloque 1: Información institucional organizativa y de planificación (30 %)

Bloque 2: Información jurídica (10 %)

Bloque 3: Información económica, presupuestaria y estadística (50 %)

Bloque 4: Solicitud de acceso a la información (10 %)

En los cálculos realizados se utilizaron las siguientes variables e indicadores:

Para dar cumplimiento al objetivo de **calidad y adecuación a la ley de la información pública**:

**V:** Valoración de Transparencia, siendo 5,00 la puntuación máxima, y 0, la mínima. Obtenido a partir del número de epígrafes del cuestionario que existen en la web.

**V1:** valoración sobre el bloque 1

**V2:** valoración sobre el bloque 2

**V3:** valoración sobre el bloque 3

**V4:** valoración sobre el bloque 4

**Índice de transparencia:** Valoración de transparencia teniendo en cuenta los cuatro bloques, dando el peso correspondiente a cada bloque, quedando de la siguiente manera:

$$\text{Índice de Transparencia} = (V1*0,3) + (V2*0,1) + (V3*0,5) + (V4*0,1)$$

36. Seguimos este y no el de “Transparencia Internacional” u otros por lógica solidaridad con los compañeros de la propia Universidad.

Un índice de 5 correspondería a un ayuntamiento que cumple al 100 % con la Ley de Transparencia.

Para dar cumplimiento al segundo de los objetivos, relativo a la **facilidad de acceso a dicha información**:

Se mide el número de clics necesarios para acceder a cada epígrafe de información, y se divide entre la cantidad de epígrafes del cuestionario que se pueden encontrar en la web del ayuntamiento.

**C:** N.º de clics necesarios para acceder a cada epígrafe de información

**R:** N.º de epígrafes que existen en cada bloque de información

**P:** Promedio de clics por epígrafe

La fórmula quedaría de la siguiente manera:

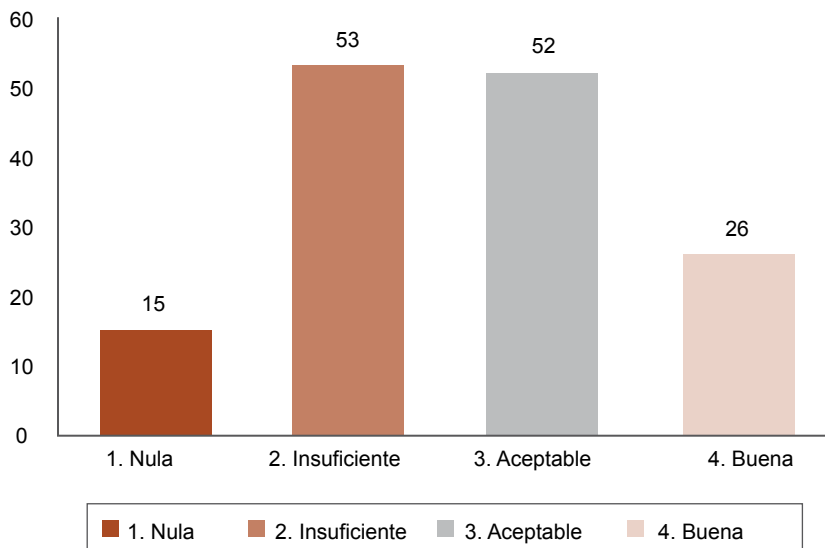
$$\text{Promedio (P)} = \frac{\sum C}{\sum R}$$

Siendo valores **positivos** los encontrados **entre 1 y 3**; y **negativos los 0** (no existe información) y **mayores de 3 clics** de promedio para acceder a la información.

A continuación presentamos de forma resumida los resultados del análisis, a fecha de 31 de julio de 2014:

### RESULTADOS DE LOS MUNICIPIOS ESPAÑOLES DE MÁS DE 50 000 HABITANTES

Se parte de una situación de necesidad de mejora de la transparencia. Esta conclusión se basa en que un 47 % de la muestra no llega al aprobado, siendo el promedio de puntuación total de 2,64 puntos sobre 5,00, es decir, **apto por la mínima**. Lo que significa que hay un amplio camino por recorrer, existiendo un dilatado abanico de propuesta de mejora. 15 ayuntamientos tienen una transparencia prácticamente nula y 53 municipios cuentan con una transparencia insuficiente, si bien 52 entidades locales aprueban y 23 tienen una transparencia buena (aunque siempre mejorable). El equipo investigador entiende que un 82 % de la muestra debe mejorar su situación para cumplir con la Ley de Transparencia.

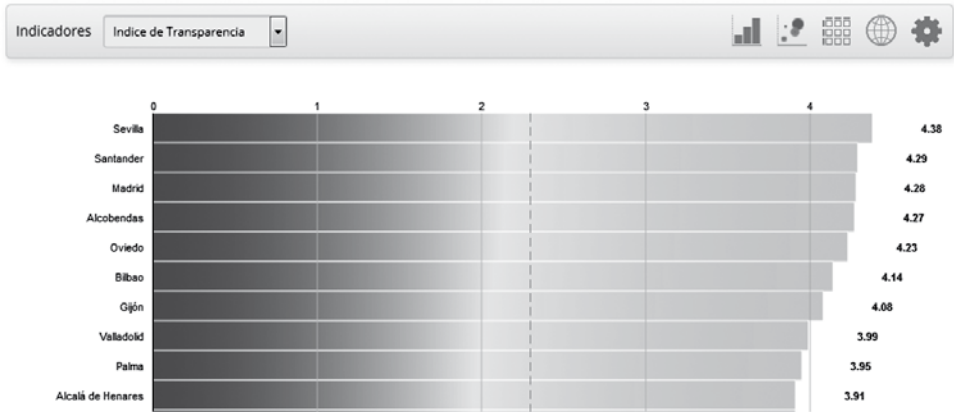


**Figura 1**

Los diez primeros puestos son para municipios de más de 100 000 habitantes, y los diez de cola corresponden a ayuntamientos de menos de 100 000 ciudadanos. Sin embargo, no se ha podido verificar una correlación entre el nivel de transparencia y el tamaño del municipio. Las posiciones de honor del ranking nacional son para grandes municipios: Sevilla (4,38 puntos), Santander (4,29 puntos) y Madrid (4,28 puntos).

A continuación se presentan los diez primeros puestos del ranking nacional visualizado a través de un gráfico de barras al que usted podrá acceder ejecutando el informe de SIELOCAL **“Informe de Transparencia”**. En él podrá consultar la metodología al completo aplicada en este estudio y ver los resultados completos de los 144 municipios españoles, en sus distintos modos de visualización (gráfico de barras, mapa interactivo, CSV, gráfico de burbujas y hoja de cálculo).

En este informe también está disponible en PDF el **“Ranking nacional del cumplimiento de la Ley de Transparencia en los municipios españoles de más de 50 000 habitantes”**.



**Figura 2: Índice de transparencia municipios españoles de más de 50 000 habitantes (solo los diez primeros)**

### RESULTADOS DE LOS MUNICIPIOS ESPAÑOLES (DE MÁS DE 50 000 HABITANTES) AGRUPADOS POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

En primer lugar hay que tener en cuenta que los promedios dependen del n.º de municipios analizados y pueden distorsionar la media. Aunque el número de municipios analizado obviamente no es el mismo para cada comunidad autónoma (desde un municipio en la Comunidad Foral de Navarra hasta el contrapunto de 29 municipios analizados en Andalucía), un análisis comparativo sitúa a Aragón (con la valoración de Zaragoza y Huesca) como la mejor valorada, con un promedio de 3,65 puntos, seguida por Castilla y León, con 3,45. Por su parte, la peor valorada resulta Extremadura (con Badajoz, Mérida y Cáceres), con 1,94 puntos. Seis comunidades autónomas tienen una transparencia débil, y otras seis cuentan con una transparencia muy mejorable.

### RESULTADOS DE LOS MUNICIPIOS ESPAÑOLES (DE MÁS DE 50 000 HABITANTES) AGRUPADOS POR PROVINCIAS

Las provincias mejor valoradas son Valladolid, Huesca y Burgos. El informe destaca que existen 18 provincias españolas con una calificación por debajo del aprobado.

El ranking territorial sitúa a Aragón y Castilla y León como comunidades autónomas con mejores valores, y a Castilla-La Mancha y Extremadura en los puestos inferiores, 14.º y 15.º puesto, con 2,61 y 2,46 puntos, respectivamente.

A nivel de islas destacan Tenerife y Lanzarote. Entre los 14 municipios que tienen una transparencia aceptable, Tenerife cuenta con 9 (Arona, El Sauzal, La Victoria de Acentejo, San Miguel de Abona, Tegueste, Granadilla de Abona, Garachico, Puerto de La Cruz y Santa Úrsula), por 2 de Lanzarote (Tías y San Bartolomé). El resto de este listado se completa con un municipio de la isla de La Gomera (Vallehermoso), uno de la Palma (Santa Cruz de La Palma), y un ayuntamiento de Gran Canaria (Las Palmas de Gran Canaria).

**RANKING NACIONAL: TEST DE APLICACIÓN  
DE LA LEY DE TRANSPARENCIA  
(Municipios españoles de más de 50 000 habitantes)**

Estudio realizado por la universidad Rey Juan Carlos en colaboración con Galileo Ingeniería y Servicios y [www.Sielocal.Com](http://www.Sielocal.Com).

*Puntuación del 0 al 5, siendo 5 la máxima puntuación posible y 0, la mínima.*

Pos.	Municipio	Índice de Transparencia	Pos.	Municipio	Índice de Transparencia
1	Sevilla	4,38	22	Marbella	3,56
2	Santander	4,29	23	Gandía	3,56
3	Madrid	4,28	24	Molina de Segura	3,56
4	Alcobendas	4,27	25	Zaragoza	3,53
5	Oviedo	4,23	26	León	3,53
6	Bilbao	4,14	27	Palencia	3,48
7	Gijón	4,08	28	Córdoba	3,45
8	Valladolid	3,99	29	Barcelona	3,41
9	Palma de Mallorca	3,95	30	Sant Boi de Llobregat	3,39
10	Alcalá de Henares	3,91	31	Sant Cugat del Vallès	3,39
11	Getafe	3,91	32	Ávila	3,39
12	Donostia/San Sebastián	3,89	33	Sabadell	3,34
13	Pozuelo de Alarcón	3,88	34	Tarragona	3,33
14	Elche/Elx	3,78	35	Manresa	3,33
15	Huesca	3,76	36	Vigo	3,33
16	Burgos	3,75	37	Pamplona/Iruña	3,32
17	Arona	3,74	38	Granada	3,32
18	Albacete	3,71	39	Granollers	3,31
19	Ponferrada	3,66	40	Jaén	3,30
20	Segovia	3,64	41	Rivas-Vaciamadrid	3,28
21	Torrent	3,57	42	Vitoria-Gasteiz	3,27

Pos.	Municipio	Índice de Transparencia
43	Coruña, A	3,27
44	Salamanca	3,25
45	Paterna	3,22
46	Lleida	3,21
47	Arganda del Rey	3,20
48	Roquetas de Mar	3,19
49	Murcia	3,17
50	Barakaldo	3,17
51	Torre Vieja	3,11
52	Jerez de la Frontera	3,09
53	Prat de Llobregat, El	3,05
54	Getxo	3,04
55	Sagunto/Sagunt	3,01
56	Puerto de Santa María, El	2,98
57	Parla	2,93
58	Guadalajara	2,89
59	Leganés	2,86
60	Vilanova i la Geltrú	2,75
61	Fuengirola	2,73
62	Aranjuez	2,72
63	Orihuela	2,71
64	Benidorm	2,70
65	Santa Coloma de Gramenet	2,69
66	Móstoles	2,61
67	Palmas de Gran Canaria, Las	2,61
68	Vila-real	2,61
69	Cádiz	2,60
70	Huelva	2,59
71	Rubí	2,57
72	Alicante	2,56
73	Logroño	2,55
74	Alcoy/Alcoí	2,55
75	Majadahonda	2,52
76	Mollet del Vallès	2,52
77	Badalona	2,52
7S	Elda	2,48
79	Cuenca	2,48
80	Santa Cruz de Tenerife	2,46
81	Alcarrán	2,45
82	Santa Lucía de Tirajana	2,45
83	Girona	2,44
84	Viladecans	2,40
85	Terrassa	2,38
86	Arrecife	2,36
87	Zamora	2,35

Pos.	Municipio	Índice de Transparencia
88	Irún	2,31
89	Vélez-Málaga	2,27
90	Chiclana de la Frontera	2,27
91	Torrejón de Ardoz	2,25
92	Reus	2,25
93	Avilés	2,25
94	Almería	2,24
95	Cerdanyola del Vallès	2,24
96	Castelldefels	2,24
97	Castellón de la Plana	2,21
98	Rozas de Madrid; Las	2,21
99	San Bartolomé de Tirajana	2,20
100	Mataró	2,20
101	Cornellà de Llobregat	2,20
102	Mérida	2,19
103	Pontevedra	2,10
104	Ejido, El	2,07
105	San Vicente del Raspeig	2,06
106	Alcalá de Guadaíra	2,05
107	San Cristóbal de La Laguna	2,05
108	Valencia	2,05
109	Lugo	2,05
110	Eivissa	2,02
111	Linares	2,00
112	Ferrol	1,99
113	Mijas	1,97
114	Hospitalet de Llobregat, L'	1,91
115	Málaga	1,82
116	Badajoz	1,81
117	Cáceres	1,81
118	Toledo	1,78
119	Motril	1,78
120	Cartagena	1,77
121	Ourense	1,73
122	San Sebastián de los Reyes	1,70
123	San Fernando	1,69
124	Valdemoro	1,66
125	Estepona	1,63
126	Telde	1,62
127	Fuenlabrada	1,57
128	Dos Hermanas	1,55
129	Siero	1,54
130	Algeciras	1,50
131	Sanlúcar de Barrameda	1,44

Pos.	Municipio	Índice de Transparencia
132	Benalmádena	1,44
133	Talavera de la Reina	1,43
134	Calviá	1,38
135	Lorca	1,33
136	Collado Villalba	1,32
137	Coslada	1,24
138	Torremolinos	1,21

Pos.	Municipio	Índice de Transparencia
139	Ciudad Real	1,20
140	Santiago de Compostela	1,15
141	Puertollano	1,00
142	Torrelavega	0,99
143	Utrera	0,84
144	Línea de la Concepción, La	0,22

## 9

### Conclusiones

Como hemos podido analizar a lo largo de este trabajo, pese a ser España uno de los últimos países de nuestro entorno en contar con una ley de transparencia, y a que por parte de las comunidades autónomas se está legislando en la materia, lo cierto es que, a fecha de realización del estudio analizado (julio de 2014), se estima que existe un déficit en la aplicación de la Ley 19/2013, que ofrece un gran recorrido para que las Administraciones locales actualicen y mejoren sus mecanismos de información ciudadana.

La propia Ley de Transparencia establece que las Administraciones locales y autonómicas dispondrán de un plazo máximo de dos años para adaptarse a la misma (diciembre de 2015). Los resultados de este estudio permiten situar el punto de partida de cada ayuntamiento y definir el camino que queda por recorrer hasta la fecha prevista de adaptación.

Aunque el tamaño del municipio no parece ser un aspecto clave para los resultados de transparencia obtenidos, se ha observado que, en general, los ayuntamientos más pequeños han alcanzado un nivel de transparencia inferior.

Se pudiera pensar que el nivel de transparencia a exigir en municipios menores deba ser menor. Sin embargo, la Ley no contempla tal escenario.

La función de las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares es fundamental en estos casos, ya que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en su art. 36, refuerza el papel de estas Administraciones, atribuyéndoles el apoyo a los municipios con población inferior a 20 000 habitantes en la prestación de los servicios de administración electrónica.

# Els delictes de tràfic d'influències

ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

*Fiscal delegat de Medi Ambient i Urbanisme de la Fiscalia de Barcelona*

1. Introducció
2. El tràfic d'influències comès per un funcionari públic o autoritat
3. El tràfic d'influències comès per un particular
4. L'oferiment del tràfic d'influències
5. Règim previst per al tràfic d'influències en la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març, de reforma del Codi penal

## Resum

La Constitució preveu que l'actuació administrativa ha d'estar sotmesa al principi de legalitat i ha de tenir la finalitat de servir els interessos públics. Per tal de garantir-ho, el Codi penal estableix tota una sèrie de delictes. Entre aquests, hi trobem els delictes de tràfic d'influències, on l'autoritat o el funcionari públic no actua en defensa d'un interès públic, sinó per un impuls d'un tercer que busca aconseguir un benefici econòmic a favor seu o d'un tercer.

Paraules clau: *influència; resolució; benefici econòmic; autoritat; funcionari públic; particular; oferiment del tràfic.*

## **Undue influence peddling in criminal law**

### **Abstract**

*The Spanish Constitution of 1978 establishes that administrative action must be subject to the rule of law and serve the public interest.*

*Article rebut el 23/03/2015; acceptat el 25/05/2015.*

*Criminal law criminalizes some conducts to guarantee the compliance of public authorities with these principles. It is the case of the undue influence peddling, a conduct in which the public administration or the public employee does not behave according to the public interest but in favor of a private third party which pursues an economic benefit for himself or a third party.*

**Keywords:** undue influence peddling; administrative action; public authority; public employee; private party; offer of undue influence.

## 1

### Introducció

Aquestes infraccions penals es troben dins del títol del Codi penal corresponent als delictes contra l'Administració pública, i intenten protegir el correcte funcionament d'aquesta en la fase de l'adopció de les resolucions administratives, procurant que aquestes no s'allunyin de l'interès públic que ha de guiar sempre l'actuació administrativa, per tal d'evitar que es dictin per les autoritats o funcionaris públics les resolucions degut a la influència rebuda d'un tercer que es preval d'una determinada situació per tractar d'obtenir, ell o un tercer, un guany econòmic. Per tant, el tràfic d'influències apareixerà en la fase de la motivació o justificació de l'adopció de les decisions administratives, i pretén evitar que interfereixin interessos aliens o contraris a l'interès públic en el funcionament administratiu.

Aquests delictes es preveuen en tres articles del Codi penal. El primer, que és l'article 428, fa referència al tràfic d'influències realitzat per un funcionari públic o autoritat; el segon, l'article 429, recull aquella acció quan és efectuada per un particular, i el tercer article, el 430, recull l'oferiment del tràfic d'influències.

Com a particularitat processal important, tots els delictes de tràfic d'influències s'han de tramitar de conformitat amb el procediment de la Llei orgànica 5/1995, de 22 de maig, del Tribunal del Jurat, per la qual cosa ha de ser un jurat popular el que faci l'enjudiciament d'aquests delictes, sempre que no hi hagi un concurs amb el delicte de prevaricació de l'article 404 del Codi penal, segons l'article 2 d'aquesta Llei orgànica.

## 2

**El tràfic d'influències comès per un funcionari públic o autoritat**

L'article 428 estableix:

*El funcionari públic o l'autoritat que influeixi en un altre funcionari públic o autoritat prevalent-se de l'exercici de les facultats del seu càrrec o de qualsevol altra situació derivada de la relació personal o jeràrquica amb aquest o amb un altre funcionari o autoritat per aconseguir una resolució que li pugui generar directament o indirectament un benefici econòmic per a si mateix o per a un tercer, incorre en les penes de presó de sis mesos a un any, multa del tant al doble del benefici perseguit o obtingut, i inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic per un termini de tres a sis anys. Si obté el benefici perseguit, s'han d'imposar les penes en la meitat superior.*

L'autor d'aquesta modalitat de tràfic d'influències és una autoritat o funcionari públic, per la qual cosa haurà de reunir els requisits que estableix l'article 24 del Codi penal, que defineix el concepte de funcionari o autoritat als efectes del Codi, que és molt més ampli que el concepte administratiu.

L'acció d'aquell haurà de consistir a influir sobre un altre funcionari o autoritat. El terme "influir" ha estat entès pels òrgans judicials com suggerir, inclinar, invitar o instigar un altre per tal d'alterar el seu procés de motivació. Es tractarà que l'autor provoqui amb aquelles accions d'influència sobre un altre que aquest dicti una resolució que li convingui, ja que a ell o a una altra persona li facilitarà un benefici econòmic.

Ara bé, aquesta influència tampoc no podrà ser qualsevol, ja que, com veiem de la lectura del precepte, el legislador indica que aquesta influència s'ha de fonamentar en determinades circumstàncies que, d'altra banda, poden ser fàcilment aprofitades per tal d'obtenir resolucions administratives favorables als interessos econòmics particulars. Així, el funcionari o autoritat autor del delictes ha d'influir sobre un altre funcionari o autoritat, prevalent-se directament del seu càrrec públic o de qualsevol situació derivada de la seva relació personal o jeràrquica amb aquell o amb un altre funcionari diferent. Aquí s'inclouen normalment les relacions de parentiu, d'afectivitat, d'amistat, o de pertinença a un mateix partit polític.

Així, tant és possible una relació d'amistat, més o menys intensa, com una simple relació funcional basada, per exemple, a tenir una posició determinada en l'organigrama administratiu. Les possibilitats són molt àmplies. De tota manera, el problema a la pràctica serà acreditar en la fase judicial l'existència dels actes d'influència, especialment quan la persona objecte

d'aquests actes delictius opta pel silenci, per tal de no reconèixer que la seva decisió administrativa va ser fruit d'aquella incidència, que pretenia un guany econòmic particular a través del funcionament de l'Administració. A la pràctica aquesta sòl ser la postura més habitual de la persona influenciada, i no seran suficients les simples sospites de l'existència de les influències per tal d'aconseguir una sentència condemnatòria per aquest i qualsevol delicte.

No obstant això, cal recordar que el funcionari o l'autoritat que han estat influenciats no seran responsables d'aquest delicte de tràfic d'influències, encara que hagin arribat a dictar la resolució beneficiosa pretesa. Ara bé, cosa diferent serà si aquesta resolució dictada és constitutiva del delicte de prevaricació de l'article 404 del Codi penal, que sanciona l'autoritat o el funcionari públic que, amb coneixement de la seva injustícia, dicti una resolució arbitrària en un assumpte administratiu. Si la resolució administrativa que finalment es dicta per aquell motiu es pot considerar prevaricadora, llavors, juntament amb el delicte de tràfic d'influències que s'imputarà a l'autoritat o al funcionari influent, hi trobarem en situació de concurs ideal (article 77 del Codi penal) un delicte de prevaricació, que s'atribuirà a la persona influenciada que ha dictat la resolució, a títol d'autor, i a l'influent, a títol d'inductor. A vegades, per tal d'aconseguir aquella resolució, la influència busca la comissió d'altres delictes, com ara una falsedat de document oficial de l'article 390 del Codi penal, com a pas previ per al dictat de la resolució que es busca, per la qual cosa és possible la concurrència del delicte de tràfic d'influències amb altres infraccions penals.

Si allò que serveix per influir en el funcionari o l'autoritat perquè dicti la resolució és el lliurament d'una suma de diners, l'ofertament d'un present o una promesa per rebre-la, no serà aplicable aquest delicte de tràfic d'influències, sinó el de suborn, que regulen els articles 419 i seg. del Codi penal.

De la redacció de l'article 428 del Codi penal es dedueix la possibilitat d'una mena de tràfic d'influències en cascada, de manera que és possible que l'autor realitzi l'acció influent sobre un altre funcionari, prevalent-se de les circumstàncies previstes en aquell precepte, provocant així que aquest funcionari faci el mateix sobre un altre funcionari, que és el qui ha de dictar la resolució. En aquest supòsit els funcionaris influents serien autors d'un delicte de tràfic d'influències.

La prova de l'existència de la influència no és fàcil, i, com ha demostrat algun cas judicial recent (com ara la peça separada de Montcada i Reixac del cas *Mercuri*), les proves obtingudes per mitjà de les intervencions telefòniques, judicialment acordades i controlades, poden ser determinants per tal d'aconseguir la condemna en aquesta classe de delictes, atès l'habitual silenci dels qui intervenen en la infracció penal.

Un element també exigít per l'article 428 és que l'autoritat o el funcionari influent, autor del delictes, tingui la intenció d'aconseguir una resolució administrativa que generi un benefici econòmic, a ell o a una tercera persona. A més, aquest guany tant pot ser obtingut de manera directa per la resolució buscada amb la influència com pot ser obtingut indirectament a partir d'aquesta. No hi haurà aquest delictes, doncs, quan la finalitat pretesa per la influència no consisteix en aquell benefici econòmic exigít.

Cal destacar que no és necessari que s'arribi a dictar la resolució pretesa per l'autoritat o el funcionari que influeix. El que importa és l'acció de la influència en aquelles circumstàncies de prevalença i per tractar d'obtenir la resolució administrativa amb finalitat lucrativa. Es consuma el delictes quan s'actua d'aquella manera sobre el funcionari o l'autoritat que ha d'adoptar la resolució.

Qui influeix busca que es dicti una resolució que li suposi a ell o a un tercer un guany econòmic. Aquesta ha de ser la finalitat de la influència. És aplicable el concepte que de resolució dóna el Tribunal Suprem en tractar de la prevaricació administrativa, per la qual cosa per resolució a efectes del tràfic d'influències s'haurà d'entendre qualsevol acte administratiu que suposi una declaració de voluntat amb contingut decisorí que afecti els drets dels administrats o la col·lectivitat en general, sia de manera expressa o tàcita. Per tant, són possibles les resolucions merament orals i és possible que la resolució buscada sigui una mera omisió, que s'ha de considerar equivalent a una resolució si és imperatiu per al funcionari o autoritat dictar una resolució en aquell cas.

L'article 428 del Codi penal no exigeix expressament que la resolució a dictar o finalment dictada degut a la influència sigui irregular o contrària a l'ordenament jurídic. No obstant això, des del punt de vista del bé jurídic protegit en aquest delictes, consistent en el correcte funcionament de l'Administració pública i que aquesta s'ajusti en les seves actuacions a l'interès públic i no particular, alguna irregularitat administrativa en la resolució dictada o pretesa s'haurà de produir. Així, si la resolució és un acte reglat i respecta la legalitat, de manera que es pugui considerar que s'hauria dictat igualment malgrat la influència preexistent, no hi haurà tràfic d'influències. En canvi, quan es tracti d'un acte discrecional, si s'ha dictat a causa d'aquella acció de la persona influent, llavors hi haurà tràfic d'influències per desviació de poder, en atenció al fet que l'acte discrecional no té per finalitat satisfer un interès públic, sinó un interès del particular que busca un guany econòmic.

A efectes de penalitat es preveu la determinació de la multa en atenció al benefici econòmic que es persegueix o que s'hagi obtingut, la qual cosa de vegades serà difícil quantificar, especialment si el guany buscat no s'arriba a materialitzar.

D'altra banda, si el benefici s'aconsegueix, les penes previstes s'hauran de posar en la meitat superior.

### 3

#### El tràfic d'influències comès per un particular

L'article 429 del Codi penal estableix:

*El particular que influeixi en un funcionari públic o autoritat prevalent-se de qualsevol situació derivada de la seva relació personal amb aquest o amb un altre funcionari públic o autoritat per aconseguir una resolució que li pugui generar, directament o indirectament, un benefici econòmic per a ell mateix o per a un tercer, ha de ser castigat amb les penes de presó de sis mesos a un any, i una multa del tant al doble del benefici perseguit o obtingut. Si obté el benefici perseguit, s'han d'imposar les penes en la meitat superior.*

Aquí el funcionari o l'autoritat que ha de dictar la resolució rep la influència d'un particular, que s'ha d'aprofitar d'una relació personal que tingui amb aquell. També es pot aprofitar el particular d'una relació personal que mantingui amb un altre funcionari públic o autoritat, diferent d'aquell que hagi de fer la resolució. En aquest cas, s'ha d'entendre que la relació és aprofitada directament davant de l'influenciat per incidir sobre ell perquè dicti la resolució desitjada, o serà el funcionari o l'autoritat que té la relació personal amb el particular qui farà la "gestió" de la influència sobre qui hagi de resoldre, per la qual cosa podrà també cometre aquell funcionari influent el tràfic d'influències de l'article 428 abans comentat.

Pràcticament tots els aspectes referits a l'apartat anterior són traslladables aquí, per la qual cosa no els reiterarem novament.

### 4

#### L'oferiment del tràfic d'influències

L'article 430 del Codi penal disposa:

*Els qui s'ofereixin a realitzar les conductes descrites en els articles anteriors i sol·licitin de tercers obsequis, presents o qualsevol altra remuneració, o acceptin un oferiment o una promesa, han de ser castigats amb la pena de presó de sis mesos a un any.*

*En qualsevol dels supòsits a què es refereix aquest article, l'autoritat judicial també pot imposar la suspensió de les activitats de la societat,*

*empresa, organització o despatx i la clausura de les dependències obertes al públic per un termini de sis mesos a tres anys.*

Aquí l'acció delictiva consisteix a fer l'oferiment a terceres persones de poder realitzar els referits delictes de tràfic d'influències a canvi d'un guany, o acceptar fer-los a canvi d'un oferiment o promesa, sense que calgui que s'arribi realment a practicar posteriorment la influència sobre el funcionari o l'autoritat per part de ningú.

Es podria entendre que es comet aquest delictes encara que no hi hagi cap mena de possibilitat de poder influir sobre l'autoritat o el funcionari, per manca de les relacions que permeten la referida influència. L'acció delictiva consisteix a oferir-se davant d'un altre per fer el tràfic d'influències, a canvi de rebre una compensació per fer-ho, per la qual cosa no es pot descartar aquesta interpretació.

Si es realitza posteriorment la influència per part de qui n'ha fet l'oferiment, llavors seria discutible considerar que seria autor del delictes de tràfic d'influències i també del d'oferiment en concurs ideal medial (article 77 del Codi penal), ja que en el de tràfic d'influències, com s'ha indicat, qui influeix sempre ha de buscar un benefici econòmic per a ell o per a un tercer amb la resolució.

L'oferiment delictiu tant el pot fer el particular com el funcionari públic o una autoritat. Ara bé, quan es tracti d'aquests últims, en ser exigida la presència d'una remuneració o promesa d'aquesta per fer l'acció, hi serà normalment aplicable el delictes de suborn, que és més greu.

De conformitat amb el que disposa l'article 431 del Codi penal, els presents o les remuneracions a què fa referència l'article 430 hauran de ser comissats.

## 5

### **Règim previst per al tràfic d'influències en la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març, de reforma del Codi penal**

La reforma del Codi penal prevista en la referida Llei orgànica, que entrarà en vigor el proper 1 de juliol, ha afectat el delictes de tràfic d'influències, però especialment quant a la penalitat, tot mantenint les accions delictives ara vigents. Així, l'article 428 preveu les mateixes penes, però la de presó augmenta fins als dos anys, i la inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic serà de cinc a nou anys. L'article 429 manté també les penes de multa i de presó, la qual podrà arribar igualment als dos anys. No obstant això, s'hi inclou també que s'imposarà a l'autor la pena de prohibició de contractar amb

el sector públic, i la pèrdua de la possibilitat d'obtenir subvencions o ajudes públiques i del dret de gaudir de beneficis o incentius fiscals i de la Seguretat Social, pel temps de sis a deu anys.

Quant a l'article 430, preveu la mateixa acció de l'oferiment del tràfic d'influències i les penes ja referides. S'hi introdueix la previsió expressa que si l'autor de l'oferiment és una autoritat o funcionari públic s'imposarà a aquell, a més, la pena d'inhabilitació especial per a ofici o càrrec públic pel temps d'un a quatre anys. No obstant això, cal recordar que l'acció d'oferiment, quan sigui feta per un funcionari o autoritat, pot concórrer fàcilment amb alguna de les modalitats de suborn, que estan sancionades de manera més greu, per la qual cosa es sancionaria l'acció per aquest delictes (article 8 del Codi penal).

Finalment, la reforma introdueix la sanció penal de les persones jurídiques que cometin l'acció de l'oferiment del tràfic d'influències. Aquestes poden cometre determinats delictes i ser sancionades penalment des de la reforma del Codi penal per part de la Llei orgànica 5/2010, de 22 de juny. En aquest cas, a l'entitat que faci l'oferiment típic, es preveu que se li imposarà la pena de multa de sis mesos a dos anys, i, a més, els jutges i tribunals li podran imposar algunes de les penes previstes en les lletres b) a g) de l'article 33 del Codi penal.

# La “funcionarización” de laborales indefinidos no fijos de plantilla. Una posible solución en el ámbito local

MARCOS PEÑA MOLINA

*Jefe del Servicio de Asesoría Jurídica y de Personal  
del Ayuntamiento de Camas. Letrado*

1. Introducción
2. Acceso a la función pública mediante contratación laboral
3. La declaración de laboral indefinido no fijo de plantilla y sus consecuencias
4. La conversión de la relación laboral en funcionarial interina
5. El consentimiento del trabajador a la citada conversión
6. La transformación de funcionario interino en funcionario de carrera. La cobertura de la plaza por concurso-oposición

## Resumen

La creación jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo de plantilla como consecuencia de contrataciones laborales realizadas por la Administración Pública en fraude de ley, ha generado numerosas distorsiones organizativas a la hora de integrar personal con puestos laborales en plazas funcionariales dotadas presupuestariamente.

Descartada por la jurisdicción laboral la aplicación de la normativa administrativa básica, para declarar nulas aquellas contrataciones que se hayan llevado a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, se decantó por acordar la existencia de puestos de trabajo de carácter indefinido pero no fijo de plantilla, obligando a la Ad-

*Artículo recibido el 23/04/2015; aceptado el 28/05/2015.*

ministración a articular medidas que permitieran encajar dicho personal en algunas de las categorías de empleado público existentes.

Como posible solución al problema expuesto en el ámbito local, en los supuestos en los que existieran plazas funcionariales dotadas presupuestariamente, este artículo propone un procedimiento de gestión pública que, basándose en la naturaleza del vínculo jurídico-material temporal que une al trabajador con la Administración/empleador, que no cambia, y bajo consentimiento de este, produzca una novación de la estructura formal de la relación laboral indefinida en una relación estatutaria interina por vacante (Sentencia de 31 de enero de 2014, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias).

No siendo posible convertir automáticamente a un interino en funcionario de carrera, a la vista de los principios constitucionales de mérito y capacidad, la cobertura definitiva de la plaza se debería llevar a cabo a través de procesos selectivos en la modalidad de concurso-oposición, cauce idóneo y lógico para tomar en consideración los méritos adquiridos por el empleado en su prolongada relación con la Administración, primero como laboral y luego como funcionario interino.

Palabras clave: *indefinidos; no fijos; interino; RPT; plantilla; personal; jurisdicción laboral; presupuesto; Tribunal Supremo; temporal; Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias; entidad local.*

***From public employees with an employment contract to public employees with a permanent public tenure. A possible solution for local governments***

### **Abstract**

*The public administrations have hired to evade the law employees through indefinite employment contracts without a permanent public tenure and this policy has been upheld by courts. This situation has generated several organizational anomalies in relation to the integration of this personnel with employment contracts into permanent public tenures which are budgetary provided.*

*Labor judges did not apply basic administrative law and, therefore, they did not declare void this policy which has been carried out in complete*

*breach of the proceedings provided by law. To the contrary, labor judges created the new employment category of “public employees with an employment contracts without a permanent public tenure” and ordered the public administration to redirect this personnel to some of the existent categories of public employees.*

*This article provides a solution for this issue at the local level. In the case of a prevision of a budgetary permanent public tenure, the solution consists on proceedings with the consent of the employee which would change the nature of the relationship between the public administration and the employee: from an indefinite employment contract to a temporary public tenure (Judgment of the Superior Court of Asturias, of 31 January 2014). All of this, taking into account that the material-temporal-legal relationship between the two parts remains the same.*

*However, it is not possible to transform automatically a temporary public tenure into a permanent one because the constitutional principles of merit and capacity must be observed. Therefore, the definitive adjudication of the permanent public tenure should be done through a recruitment process –an open competition- which allows the assessment of the merits of an employee at the service of the public administration for a long time, first as a public employee with an employment contract and second holding a temporary public tenure.*

**Keywords:** public employment; permanent and temporary public tenure; list of posts offered by public administrations; personnel; labor judges; budget; Spanish Supreme Court of Justice; Superior Court of Justice of Asturias; local governments.

## 1

### Introducción

En los últimos tiempos hemos podido contemplar cómo en el ámbito de la Administración Pública, y particularmente en el sector local, se ha producido un hecho cada vez mas reiterado, y no por ello plausible, que es la incorporación a aquella de trabajadores previa contratación de los mismos a través de sucesivos y distintos contratos laborales temporales para el desempeño de funciones que, en realidad y normalmente, responden a necesidades permanentes y estructurales de la corporación, que fuerzan a calificar dichos contra-

tos por los tribunales de justicia como irregulares, injustificados y abusivos, con el efecto de declarar el vínculo laboral como indefinido.

A la vista de tal situación cabe preguntarse no solo sobre la bondad jurídica de la novación de una relación laboral indefinida no fija en una relación funcionarial interina por vacante, sino también sobre la viabilidad de la celebración por parte de la corporación local de un concurso-oposición, solicitado normalmente por aquellos que se pudieran encontrar en situaciones semejantes, al objeto de que estos tengan la posibilidad de normalizar de modo razonable su relación de servicios con la Administración local.

En la práctica, ante una petición semejante se observa una respuesta negativa por parte de las corporaciones locales, y ello, de una parte, por la difícil tarea de encontrar el camino menos tortuoso para dotar de estabilidad a trabajadores cuyas funciones, en muchas ocasiones, solo conforman un puesto sin ninguna plaza dotada presupuestariamente, y, de otra, por las extensas limitaciones legales impuestas desde el Gobierno central para incorporar nuevos empleados públicos, en aras de corregir un déficit presupuestario inexistente en el nivel más básico de nuestra organización administrativa estatal.

La situación expuesta ha sido considerada por la doctrina como mal endémico de nuestra Administración local, lo que exige encontrar una solución al problema.

## 2

### **Acceso a la función pública mediante contratación laboral**

No puede negarse el hecho de que nuestro legislador estatal ha optado por una funcionarización generalizada del empleado público que presta servicios en las Administraciones locales. La reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, es prueba de cargo de esta aseveración. Dispone el artículo 92.2 del reformado cuerpo legal: "Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus organismos autónomos serán desempeñados por personal funcionario". La Administración ya no puede obviar que sus puestos de trabajo, con carácter general, tienen que ser ocupados por funcionarios públicos; el personal laboral debe ser de utilización residual.

Habiendo recogido la pretendida Ley de racionalización del gasto público local las determinaciones fijadas en el Informe CORA (Comisión para la Reforma de la Administración Pública) y las directrices de una Europa cada

vez más austera en el sector público, los operadores jurídicos no podemos olvidar que, a pesar de este viraje estatutario y base de una generalizada funcionarización del empleado público, nuestra legislación existente, y además básica, continúa previendo la posibilidad de que la Administración recurra a la normativa laboral cuando ello sea necesario. Se quiera o no, el personal laboral es definido por nuestra legislación básica como un tipo de empleado público, *ex* artículo 8.2.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Siendo esta la situación de la función pública actual, no puede orillarse que es doctrina jurisprudencial consolidada el hecho de considerar a la Administración como auténtico empresario cuando acude a la contratación laboral, quedando, en tal caso, vinculada por las reglas de aquel ordenamiento jurídico. Así lo entendió el Alto Tribunal tempranamente (SSTS de 22 de enero y 6 de mayo de 1992; 16 de febrero de 1993; pero, fundamentalmente, la STS de 18 de marzo de 1991, dictada en unificación de doctrina).

Sostener una argumentación contraria vulneraría el principio de legalidad contemplado en el artículo 9.3 CE, el cual informa la actuación de toda Administración Pública: “no puede entenderse que la Administración, cuando actúa como empresario sometida al derecho privado y contrate trabajadores, queda exenta del cumplimiento del derecho laboral, pudiendo ir incluso contra el mismo; de forma que el contrato de trabajo celebrado con la Administración Pública, debe regirse, tanto en su nacimiento como en su desarrollo por la normativa laboral, pues de lo contrario vulneraría el art. 9.1 CE, precepto que vincula tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos, y contra el art. 24 CE” [STC de 22 de marzo de 1988].

Qué duda cabe de que a la Administración local debe serle de aplicación la argumentación anterior, habida cuenta no solo de lo dispuesto en el artículo 177.2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), en el que se señala de modo expreso cómo, pudiendo celebrarse la contratación laboral por tiempo indefinido o temporal, “el régimen de tales relaciones será, en su integridad, el establecido en las normas de derecho laboral”, sino también de lo dispuesto en el artículo 11.1 del EBEP, según el cual: “Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”.

La Administración, en este contexto, y ligada a la legislación laboral, deberá respetar las exigencias impuestas por esta, y no podrá, como tampoco

puede hacerlo un particular, recurrir a la contratación temporal, quebrantando las normas específicas que la regulan, para cubrir necesidades permanentes y estructurales de su propia organización de recursos personales. En caso contrario, su proceder no merecería otro calificativo que el de actuar en fraude de ley.

### 3

#### La declaración de laboral indefinido no fijo de plantilla y sus consecuencias

Acogiendo las argumentaciones esgrimidas por D. Ricardo VILLANUEVA PUERTOLLANO en su tesis doctoral: “Reflexiones y propuestas sobre empleo público local: problemas actuales de derecho administrativo”, la figura del personal laboral indefinido no fijo de plantilla no ha sido incorporada al derecho positivo a través del EBEP, a pesar de que pueda considerarse lo contrario a la vista de lo regulado en su artículo 8.2.c).

El nacimiento de esta figura responde a la tensión producida entre dos polos antagónicos: de una parte, la necesidad de combatir la irregular contratación temporal de la Administración, y de otra la imposibilidad de aplicarle, al igual que al empresario privado, la presunción *iuris et de iure* –del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores– de que el contrato laboral en fraude de ley deviene en indefinido dadas las previsiones del igualdad en el acceso al empleo público consagradas en la Constitución (artículos 22.3 y 103).

La evolución jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo de plantilla, siguiendo a SALA FRANCO, ha transcurrido por cuatro etapas diferentes:

- Ø Primera: Se entendía que el contrato era indefinido, declarando la improcedencia del despido con derecho de opción entre la indemnización o la readmisión (Tribunal Supremo, Social, 28/11/1989, RJ\1989\8273).
- Ø Segunda: En la que también se entendía que el contrato era indefinido, y el despido improcedente, pero sin posibilidad de opción entre readmisión o indemnización, imponiéndose en todo caso esta última (Tribunal Supremo, Social, 08/06/1995, RJ\1995\4774).
- Ø Tercera: Se consideraba el contrato temporal irregular por celebrarse en fraude de ley, salvo que el puesto ocupado por el trabajador fuera funcional, en cuyo caso era nulo (Tribunal Supremo, Social, 19/01/1993, RJ\1993\100).
- Ø Cuarta: Línea por la que se entiende que el trabajador es indefinido pero no fijo de plantilla, debiendo abandonar el puesto cuando se

cubra por el procedimiento correspondiente (Tribunal Supremo, Social, 07/10/1996, RJ\1996\7492).

Fue esta Sentencia la primera que introdujo la distinción entre trabajador fijo de plantilla y contratado indefinido, aportando mayor confusión a la ya existente entre la terminología laboral y la administrativa.

Esta creación jurisprudencial procede en todo caso de la jurisdicción social, y, de una forma u otra, han pesado mucho los principios de ese ámbito del derecho en la consolidación de una figura que, desde el punto de vista estrictamente administrativo, deberíamos calificar de inaceptable. En tal sentido, señala SÁNCHEZ MORÓN que la experiencia demuestra que aplicar sin más las normas laborales, pensadas con una función tuitiva del trabajador frente al empresario privado, a las relaciones de empleo público, puede producir serias disfunciones.

A mi criterio, la solución que se tendría que haber dado a los supuestos de contratación laboral irregular debería haber sido la propuesta por el profesor Tomás SALA FRANCO, en la obra “La contratación de personal laboral en la Administración local”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 112/2008, julio-agosto, BIB 2008\2640, Thomson Aranzadi, págs. 55 y siguientes.

Para entender la argumentación se ha de partir de un supuesto determinado, como el de una contratación realizada de forma directa por la Administración prescindiendo de cualquier procedimiento de selección.

Por aplicación del artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, serán nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En consecuencia, un contrato celebrado en estas circunstancias debería calificarse como nulo.

Apoya esta tesis la normativa relativa a contratación administrativa del sector público, que determina que la declaración de nulidad de los actos preparatorios de los contratos llevará consigo la de estos, que entrarán en fase de liquidación. De igual forma, procedería aplicar a la contratación laboral el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, pagando al trabajador la remuneración correspondiente a los servicios prestados, y extinguiendo la relación laboral.

En estos supuestos, si la causa de nulidad no es imputable al trabajador, este podrá exigir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración contratante.

Si los tribunales hubieran seguido esta pauta, nunca se hubiera producido la figura del indefinido no fijo de plantilla como consecuencia de contratos por obra o servicio determinado concertados en fraude de ley o por irregula-

ridades en contratos eventuales por circunstancias de la producción, ya que en ellos concurre en la mayoría de los casos su ausencia de inclusión en la relación de puestos de trabajo y plantilla, requisitos sin los cuales no puede efectuarse una convocatoria, con lo cual la ausencia de procedimiento jamás hubiera podido tener como consecuencia una declaración de indefinido; ni siquiera en los actuales términos de la jurisprudencia consolidada, ya que esta llega al absurdo de considerar a estos trabajadores como una suerte de interinos sin plaza, lo cual carece de todo sentido.

Como se ha expuesto, no es esta la senda que ha seguido el Alto Tribunal, y, en definitiva, se ha concluido que, “en cuanto se contrata sin sujeción clara y debidamente explicitada a las disposiciones especiales que regulan la contratación temporal, la regulación nacida ha de tenerse por tiempo indefinido” [sentencias de 10 de febrero y 6 de mayo de 1987 (R. 825 y 3247), entre otras]. Doctrina esta, asimismo, aplicable a las Administraciones Públicas (STS de 13 de septiembre de 1988), creándose en estos supuestos *ex iudicium* el “puesto” de indefinido no fijo de plantilla.

#### 4

### La conversión de la relación laboral en funcional interina

Sentado lo anterior, lo cierto es que en la práctica no solo las entidades locales han utilizado fraudulentamente las contrataciones temporales –lo que ha llevado a la tacha judicial de declarar las relaciones contractuales como indefinidas no fijas–, sino también, y mucho, las comunidades autónomas y el Estado [Comisión Técnica para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, encabezada por el profesor SÁNCHEZ MORÓN, Madrid, 25 de abril de 2005 (MAP)].

Es importante advertir que los procesos de funcionarización no han sido configurados para el personal laboral indefinido, sino para el personal laboral fijo. Una mala planificación de los recursos humanos, o un cambio legislativo en el que se produzca una mutación sobrevenida de las funciones laborales desempeñadas en funcionariales, exige regularizar la naturaleza del vínculo contractual.

Es por ello por lo que no es el EBEP, concretamente su disposición transitoria segunda, la primera norma que determinó la posibilidad de funcionarización, sino la existencia de una larga experiencia que posibilitó su propio reconocimiento constitucional a muy tempranos días.

Así las cosas, el proceso de funcionarización tuvo su origen en la doctrina del Tribunal Constitucional emanada de la STC 99/1987, de 11 de junio,

aspecto que no puede ser olvidado en ningún momento: consistente en una solución excepcional y extraordinaria para la que unos trabajadores fijos de la Administración, que se han incorporado a ella cumpliendo todos los requisitos y procedimientos legales y que ocupan un puesto adscrito *ex lege* a funcionario, puedan incorporarse a esa nueva condición jurídica.

La funcionarización, como institución jurídica, implica un respeto a la estabilidad en el trabajo del personal laboral, porque la única otra opción sería el despido de estos trabajadores fijos, con una indemnización, alternativa que el propio Tribunal Supremo considera radical y poco adecuada, así como costosa en términos económicos e ineficaz para mantener la seguridad de los servicios públicos. Por ello tres son los ejes en los que se fundamenta el proceso de funcionarización:

- a) El cumplimiento del mandato constitucional que concretó en su día el Tribunal Constitucional.
- b) El respeto a los derechos de los trabajadores (personal laboral).
- c) La garantía de continuidad de los servicios públicos que prestan aquellos empleados públicos.

Consecuencia del reconocimiento constitucional anterior fue su reconocimiento legal a través del artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (Ley 30/84), y su disposición adicional decimoquinta, todavía en vigor tras la aparición del EBEP.

Admitidos legal y constitucionalmente los procesos de funcionarización para personal laboral fijo, debemos preguntarnos si es posible un proceso similar para regularizar al personal laboral indefinido no fijo de plantilla.

Como se ha indicado con anterioridad, esta cuestión no solo se ha planteado en las corporaciones locales, sino también en las comunidades autónomas. Ello es así por cuanto, tras la declaración judicial de personal laboral indefinido no fijo de plantilla, se produce una distorsión en el sistema de ordenación de empleados públicos, caracterizado por ser un sistema rígido, cerrado y fragmentado que nace tras la entrada en vigor de la Ley 30/84, concretamente por lo regulado en el artículo 15. Estos nuevos instrumentos de ordenación los constituían las relaciones de puestos de trabajo (RPT) y las plantillas de personal. Dos instrumentos diferentes pero que se complementaban entre sí.

Mediante las RPT las Administraciones Públicas fijan la organización de su personal *fijo y estructural*; a través de las plantillas de personal determinan la repercusión de esa organización en el presupuesto, constituyendo, así, un documento esencialmente económico. Uno se refiere a puestos de trabajo, el otro a plazas dotadas presupuestariamente. La plaza responde a una necesidad

permanente, el puesto puede responder a una necesidad temporal. Es por ello por lo que no caben puestos “indefinidos” sin plaza.

Esta distorsión del sistema de gestión de recursos humanos que genera la asunción de personal laboral indefinido sin plaza, ha dado lugar a que las Administraciones Públicas busquen distintos sistemas para dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar la estabilidad en el empleo (artículo 35 de la CE) dentro del principio de legalidad y seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE).

Entre las distintas experiencias obtenidas por las diversas Administraciones Públicas sobre este asunto, ha sido muy relevante, en mi opinión, la lograda por la Comunidad Autónoma de Canarias.

La respuesta que dio la Comunidad Autónoma anteriormente citada vino acompañada de las recomendaciones que realizó la propia Intervención autonómica. Como ejemplo de transparencia política, los pasos para la regularización de la situación fueron publicados en su portal web, concretamente en:

[http://www.gobiernodecanarias.org/hacienda/intervencion/servicios/guia\\_rrhh/libro7/vii1h.jsp](http://www.gobiernodecanarias.org/hacienda/intervencion/servicios/guia_rrhh/libro7/vii1h.jsp)

Se pueden destacar del mismo las siguientes actuaciones a seguir:

- *En los supuestos en que por sentencia se declare la condición de personal laboral indefinido, ello conllevará que el departamento responsable adscriba al personal a una plaza vacante en el mismo.*
- *En el caso de que no exista plaza, se estudiará la necesidad, del centro directivo en cuestión, de la misma. En base a ese estudio se seguirá alguno de los procedimientos siguientes:*
  - a) *Crear la plaza en el mismo departamento a través de una modificación, que podrá ser puntual, de la RPT, detrayendo el coste de la misma del correspondiente crédito asignado por el que se contrató, reduciendo el marco presupuestario en ese concepto para ejercicios posteriores en la cuantía correspondiente al gasto originado. Hasta que se cree la plaza, se podrá utilizar el crédito asignado a plazas vacantes dotadas, incluso de funcionarios, lo que supondrá no poder proceder a la cobertura de las mismas.*
  - b) *Adscripción por la Dirección General de la Función Pública a otra plaza vacante, de necesaria cobertura, de igual categoría que figure en otro departamento.*
  - c) *Creación de la plaza en otro departamento, a través de una modificación de la RPT, que podrá ser puntual, detrayendo el coste del departamento de origen y con las mismas consecuencias previstas en el apartado a).*

- *En cualquier caso, las plazas cubiertas por personal laboral indefinido serán convocadas para su provisión por el procedimiento legalmente establecido.*

El informe de la Intervención autonómica de fecha 6 de mayo de 2004 (puede extraerse a través de dicha página web), en su considerando tercero, manifiesta la necesidad de adaptar lo más rápidamente posible la RPT para solventar la distorsión que produce la ocupación por parte de un laboral indefinido de una plaza de funcionario, no pudiéndose, en ningún caso, formular un reparo de suspensión del pago de nóminas sobre dicho personal, debido a que se iría contra lo declarado en sentencia judicial.

En definitiva, la respuesta que se ofrece al problema de la regularización del personal indefinido es la ocupación de plaza y posterior conversión, aunque sea mediante la modificación de la RPT.

Fijado lo anterior, el problema se presenta naturalmente: cómo encajar personal laboral indefinido en una plaza de funcionario, teniendo en cuenta, además, que la Ley de Presupuestos del Estado para cada año limita casi completamente la creación de plazas.

A mi criterio, la respuesta a la pregunta podemos encontrarla en la interesante sentencia judicial siguiente: Sentencia de 31 de enero de 2014, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

Según la misma, y concretamente a propósito de la conversión directa de personal laboral temporal en funcionario interino, en el fundamento jurídico tercero se dispuso que: “Ciertamente se ha producido en el presente caso una situación particularmente compleja debido a la aprobación por el Pleno municipal de 20 de julio de 2012 de la funcionarización de plazas y puestos de trabajo ocupados por **personal laboral temporal** que hizo necesaria la oferta a aquellos trabajadores afectados de su posible **conversión en funcionarios interinos con la finalidad de hacer coincidir la naturaleza de la plaza creada con la relación jurídica del afectado**, pero sin que el nombramiento de funcionario interino tuviese carácter obligatorio para el afectado, sino que se trataba de una posibilidad o derecho, [...]. [...] **el puesto sigue siendo el mismo a pesar de su funcionarización sobrevenida, sin creación de nueva plaza**, y sin que pueda obviarse que si la apelante ha podido optar al nombramiento como funcionaria interina lo ha sido sobre la base de su condición de contratada laboral temporal, **persistiendo en todo momento la causa de vinculación jurídica original con el Ayuntamiento**, quien al disponer la referida funcionarización claramente señala la necesaria continuidad en la prestación de servicios [...] hasta tanto en cuanto sean provistos los puestos o plazas de personal funcionario de forma definitiva en los términos que legal o

reglamentariamente procedan, o su amortización o transformación, sin perjuicio de su conversión en nombramientos de funcionarios interinos”.

Es decir, el Alto Tribunal autonómico lo que ha venido a decir es que la regularización/conversión del personal temporal en funcionario interino **no modifica** el vínculo jurídico original que lo une a su empleador (Ayuntamiento), pues este sigue siendo el mismo. Lo que llevó a cabo el Ayuntamiento fue un *proceso de corrección* de la situación jurídica generada por la ocupación de personal laboral indefinido en plazas de funcionarios públicos.

La corrección de ese vínculo jurídico (de laboral temporal a funcionario temporal) **no** supone creación de plazas ni de puestos de trabajo, sino regularización a fin de hacer coincidir la naturaleza de la plaza con la relación jurídica del afectado.

Teniendo en cuenta toda la disertación anterior, la posible solución que podría utilizarse por los consistorios para corregir las disfunciones orgánicas ocasionadas por los indefinidos no fijos cuando no se pudieran crear plazas al efecto, o cuando las plazas existentes fueran funcionariales, podría consistir en:

- a) El indefinido no fijo de plantilla que tuviera reconocida dicha condición por sentencia judicial, que careciera de plaza, tendría que ocupar otra plaza vacante funcionarial del grupo equivalente a su categoría profesional. Intentando hacer coincidir el puesto de trabajo funcionarial con el laboral que ocupaba y desempeñaba.
- b) A fin de hacer coincidir la naturaleza estatutaria de la plaza con la relación laboral indefinida que une al ayuntamiento con el empleado, y previo consentimiento del mismo, se debería proceder a la regulación/funcionarización del vínculo contractual en funcionario interino por vacante, pues, como se ha especificado, este sigue siendo el mismo que en origen (temporal), sin que en ningún caso por dicha actuación se creen nuevas plazas ni puestos, ni se modifique la RPT. Todo ello de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia de 31 de enero de 2014, de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, anteriormente referida.

Señaladas las principales fases, quedaría el último paso a seguir, que se expone a continuación.

## 5

### El consentimiento del trabajador a la citada conversión

Aun siendo una potestad de la Administración Pública el organizar sus propios efectivos, es imprescindible contar con el consentimiento de los afec-

tados para la conversión (de indefinidos laborales a funcionarios interinos), pues estos pierden derechos adquiridos por la legislación laboral, pues, al ser incompatibles con el régimen estatutario propio de los funcionarios (también interinos) derivado de leyes y reglamentos, los derechos y obligaciones solo pueden provenir *ex novo* desde el momento del nombramiento.

No obstante lo anterior, El Tribunal Supremo, cuando ha conocido supuestos análogos al presente, no duda en reconocer la existencia de fraude de ley en los casos de renuncia a una relación laboral indefinida sin acreditar ventaja a cambio [así lo señalan la STS de 11 de febrero de 1991 y, muy especialmente, la de 22 de junio de 1990, según la cual, “una vez adquirida la condición de fijeza o el carácter indefinido de su relación laboral, no puede luego modificarse válidamente esta condición o carácter aceptando la suscripción de un nuevo contrato temporal, pues la condición de trabajador fijo es irrenunciable, según dispone el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, por afectar a un derecho fundamental dentro de la esfera jurídico-laboral, como es la estabilidad en el empleo, de lo que se deduce que el contrato posteriormente pactado conculca patentemente ese derecho inalienable y constituye un evidente fraude de ley, al hacer uso de un derecho aparentemente legal en perjuicio del trabajador, fraude que por su viciosa naturaleza le priva de efectos según se deriva del art. 6.4 del Código Civil, y que determina la aplicación de la presunción favorable a la duración indefinida de la relación de trabajo [...], obligando todo lo expuesto a concluir que se ha de mantener incólume la relación jurídica de duración indeterminada que existía antes”].

Tal determinación solo puede ser adoptada a partir de una real expectativa de mejora, focalizada en este caso en la asunción de futuro cierto de la condición de funcionario de carrera, mediante el compromiso firme de la convocatoria de la plaza correspondiente para ser cubierta por los procedimientos de acceso legalmente establecidos.

## 6

### **La transformación de funcionario interino en funcionario de carrera. La cobertura de la plaza por concurso-oposición**

Dada la imposibilidad de convertir automáticamente a un interino en funcionario de carrera, a la vista de los principios constitucionales de mérito y capacidad [STC 302/1993, de 21 de octubre], la cobertura definitiva de la plaza exige una actuación administrativa pertinente a fin de acabar con la precaria situación del interino, quien, como es claro, no renuncia a un empleo indefinido para quedar a merced de una Administración, pues no se puede olvidar

el carácter extraordinario de estas figuras [“destaca ante todo (...) el carácter de excepcionalidad del nombramiento de interinos”, STS de 16 de mayo de 1989], utilizadas ampliamente como mecanismos ordinarios de adscripción, constituyendo conductas claramente contrarias al modelo constitucional de función pública.

Pero no solo hay que tener en cuenta los principios constitucionales que informan las relaciones laborales, sino que tal exigencia de permanencia y estabilidad en el empleo público ha sido exigida legalmente por nuestro ordenamiento jurídico cuando se han dado las notas de necesidad, permanencia y funcionalidad. Así, el artículo 6.3 del Decreto de 30 de mayo de 1952 por el que se aprueba el texto del Reglamento de funcionarios de la Administración local, dispuso que: “La persistencia durante dos años en el pago a determinados temporeros o eventuales implicará la presunción de que existe necesidad de personal permanente, y la corporación estará obligada a crear las correspondientes plazas de plantilla para proveerlas en forma reglamentaria”.

Siendo necesaria, por tanto, la convocatoria de la plaza ocupada interinamente sin prolongada demora, se ha de precisar cuál de los procedimientos de acceso a la función pública es el más adecuado para el fin expuesto.

La oposición libre, como forma de provisión, no es el cauce idóneo y lógico que permita tomar en consideración los méritos adquiridos por el empleado en su prolongada relación con la Administración, primero como laboral y luego como funcionario interino.

La previsión contenida en el olvidado artículo 39 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, reconociendo la virtualidad del sistema de concurso-oposición (cuya viabilidad es afirmada por el artículo 91.2 de la LBRL y la disposición transitoria cuarta del EBEP) en los procesos de consolidación de interinos, permite un adecuado uso de este proceso selectivo, por si duda hubiere, al confirmar la posibilidad de valorar en tales casos, entre otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de convocatoria. En el mismo sentido, la STC 50/1986, de 23 de abril, conforme a la cual el sistema de concurso-oposición es plenamente “concorde” con la Constitución, por cuanto da cumplimiento al “mandato constitucional de favorecer la promoción mediante el trabajo (art. 35.1 CE)”.

Nada impide, por tanto, el recurso a un concurso-oposición con el fin de lograr la consolidación de empleo en la función pública, para que el afectado vea reconocida su situación previa y para poner fin a la conducta injustificada seguida por la corporación local en su relación con la misma, dando la respuesta que se merece a la expectativa de derecho que hizo renunciar al trabajador a sus derechos laborales.

La senda seguida por la jurisprudencia laboralista ha provocado numerosos problemas en el esquema organizativo administrativo, todavía hoy sin resolver, cuando se procede a declarar y reconocer en sentencia a empleados públicos temporales la condición de indefinidos no fijos de plantilla. Como se ha expuesto, una coherente solución pasaría por considerar la nulidad contractual, dejando, en su caso, a salvo el derecho de indemnización del trabajador y la exigencia de responsabilidad del órgano gestor (político) que contrató sin los procedimientos legales oportunos.

No siendo este el camino seguido por los jueces y tribunales, y ni atisbo de que sea el que vaya a seguirse en el futuro, y teniendo en cuenta que tales situaciones nacen de incumplimientos legales por parte de la Administración Pública, la posible solución para una plena integración del indefinido no fijo en el organigrama funcional, cuando no puedan crearse plazas *ad hoc*, podría pasar por el procedimiento expuesto, máxime cuando existiera contradicción entre el puesto laboral que se desempeñara y la plaza funcional vacante que se pudiera ocupar.

*No hay mayor inseguridad que el Derecho creado por los jueces*  
(Montesquieu)

# Observaciones en relación con el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística de Cataluña, aprobado por el Decreto 64/2014, de 13 de mayo

## Especial referencia a la protección de la legalidad urbanística reactiva

MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

*Presidente de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

1. **Perspectiva general de la regulación reglamentaria de la protección de la legalidad urbanística y acotación de las presentes notas**
2. **Perspectiva general de la regulación reglamentaria de la denominada protección de la legalidad urbanística reactiva**
3. **Perspectiva en concreto de la protección de la legalidad urbanística: disposiciones generales de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística**
4. **Perspectiva en concreto de la protección de la legalidad urbanística: disposiciones en concreto de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística relativos a la restauración de la legalidad urbanística sin titulación habilitante**
5. **Perspectiva en concreto de la protección de la legalidad urbanística: disposiciones en concreto de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística relativos a la restauración de la legalidad urbanística con titulación habilitante**
6. **Perspectiva en concreto de la protección de la legalidad urbanística: disposiciones en concreto de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística relativos al régimen sancionador**

---

*Artículo recibido el 27/04/2015; aceptado el 26/05/2015.*

## Resumen

Quizá ha llegado el momento de serenarse y detener el círculo vicioso de más y más modificaciones legales urbanísticas, también reglamentarias y quizá de planeamiento urbanístico, e incluso de otros ordenamientos y planeamientos sectoriales, para centrar y quizá simplificar la ordenación resultante con la mirada puesta en el principio de seguridad jurídica. Si ello es así seguramente el precio jurídico será más asumible, pero el tiempo dictará su veredicto. Desde luego la potestad reglamentaria en su ejercicio en la materia de protección de la legalidad urbanística es de una dificultad superlativa. Interesa no perder de vista que nos hallamos en una ubicación temporal en Cataluña que tensa de forma máxima el análisis del supuesto normativo que se contempla, bien desde la órbita económica, bien desde la perspectiva del derecho estatal y autonómico, también en una resituación del planeamiento urbanístico en sus relaciones con otros planeamientos de otros ordenamientos sectoriales, que se han potenciado extraordinariamente y sin precedentes.

Palabras clave: *urbanismo; protección de la legalidad urbanística; derecho sancionador urbanístico; ordenación reglamentaria urbanística.*

***Some remarks on the Catalan Decree 64/2014, of 13 May, about the protection of urban planning legality. Particular reference to the reactive protection of urban planning legality***

## Abstract

*Perhaps the time has come to calm down and stop the vicious circle of legislative reforms in the field of urban planning law, also at the level of subordinate legislation (decrees and urban planning normative instruments). It is necessary to systematize and simplify all the legislation with the aim of securing the principle of legal certainty. If we face this task, possibly the legal price would be more affordable but only the time will decide whether we succeed in this task. I have to point out that we are before a Catalan regulation that goes to almost the limit of the possible normative configuration in question from the economic perspective, the State and Autonomous Community legal systems and the urban planning normative instruments which have been extraordinary and unprecedented strengthened.*

*Keywords:* urban planning law; protection of urban planning legality; punitive urban planning law; urban planning normative instruments.

## 1

### **Perspectiva general de la regulación reglamentaria de la protección de la legalidad urbanística y acotación de las presentes notas**

Transcurridos unos meses desde la entrada en vigor del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística<sup>1</sup>, interesa resaltar que, por el momento y por lo que se va notando, va a ser un reglamento urbanístico especial, por razón de la materia que aborda, y que se va a quedar junto con la parte subsistente del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, y junto con otros de menor alcance material, a no dudarlo pendientes de la adecuación a las disposiciones legales posteriores a su vigencia.

Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística que, en definitiva, no va a ser seguido por otros como parecía, con la consecuencia relevante de que no se va a ver ni el íntegro desarrollo reglamentario de la legislación urbanística de Cataluña hasta el momento vigente, ni el total e íntegro desarrollo de la protección de la legalidad urbanística que se denomina en sentido amplio.

Quizá ha llegado el momento de serenarse y detener el círculo vicioso de más y más modificaciones legales urbanísticas, también reglamentarias y quizá de planeamiento urbanístico, e incluso de otros ordenamientos y planeamientos sectoriales, para centrar y quizá simplificar la ordenación resultante con la mirada puesta en el principio de seguridad jurídica. Si ello es así seguramente el precio jurídico será más asumible, pero el tiempo dictará su veredicto.

Desde luego la potestad reglamentaria en su ejercicio en esa materia es de una dificultad superlativa. Interesa no perder de vista que nos hallamos en una ubicación temporal en Cataluña, sobre todo, por elegir un año, a partir de 2007, o si así se prefiere en las proximidades de 2010, que tensa de forma máxima el análisis del supuesto normativo que se contempla, bien desde la órbita económica, bien desde la perspectiva del derecho estatal y autonómico, bien desde la innegable resituación del urbanismo, con pluralidad de

1. Entró en vigor el 4 de junio de 2014 –a los 20 días de su publicación en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, operada el 15 de mayo de 2014 (DOGC núm. 6623)–.

ordenamientos sectoriales –territorial, espacios naturales, paisaje, vivienda, medio ambiente, entre otros–, también en una resituación del planeamiento urbanístico en sus relaciones con otros planeamientos de esos ordenamientos sectoriales, que se han potenciado extraordinariamente y sin precedentes.

En todo caso, todo conduce a pensar que, fuera de alegrías de planeamiento y de gestión urbanísticos nuevos, la materia de protección de la legalidad, y en concreto de la legalidad urbanística –ahora denominada reglamentariamente protección de la legalidad urbanística preventiva y reactiva–, va a seguir teniendo un papel más que sobresaliente.

Y se dice sobresaliente ya que, de un lado, continúa siendo cuantitativamente relevante en los tiempos presentes su ejercicio desde luego con acceso nutrido a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

Y, de otro lado, cuando cualitativamente se cuenta con un bagaje doctrinal y jurisprudencial en esa materia urbanística que puede ser entendido como potenciador de la debida seguridad jurídica, y que no se halla tan desarrollado en otros ordenamientos sectoriales, en especial cuando tan tenuemente se involucran o tratan de involucrarse en sede de restauración de la legalidad o de derecho sancionador, máxime cuando en ocasiones ni siquiera esas legislaciones sectoriales han previsto restauración de la legalidad o derecho sancionador.

Ya en este punto el que presenta estas notas debe advertir que sus ideas se hallan, como no puede ser de otra manera, francamente contaminadas por el desarrollo de la función que me corresponde, es decir, a partir y desde la existente controversia jurisdiccional, y que, por razones competenciales y de reparto de asuntos, se efectuarán con la más delicada reserva que se sea capaz de guardar a lo que en su caso haya lugar a decidir con o contra las disposiciones reglamentarias que procedan. Es así que, simplemente a resultados del concepto de observaciones al nuevo Reglamento que se me ha indicado como frontispicio de mi intervención, se efectuarán unas relaciones de puntos reglamentarios dignos de mención o cita para que, en su caso, se cree el debate que resulte, sin mayores ambiciones ni prejuizgamientos de ningún género.

Pues bien, tratando de destacar ideas generales que puedan ser útiles a partir de la iniciativa reglamentaria que se comenta, y que en parte se van exponiendo en su preámbulo, parece oportuno relacionar las siguientes:

1.1.- Se hace patente que se abandona la regulación unitaria reglamentaria en materia urbanística<sup>2</sup>.

---

2. En el preámbulo del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística, se argumenta especialmente lo siguiente:

1.2.- El Reglamento de protección de la legalidad urbanística de 2014 va a convivir con un desarrollo reglamentario anterior que no se adecua ni parece que se vaya a adecuar a las disposiciones legales urbanísticas, especialmente a partir de 2006 –así, en la parte subsistente del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña–.

Con ello no se quiere decir otra cosa que los dictados de la Disposición Final Primera de la Ley 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, en su fondo y en su factor temporal queda en un lugar impropio<sup>3</sup>.

1.3.- La complejidad o la tan acentuada veleidad legislativa, reglamentaria y de planeamiento, que alcanza no solo a la materia urbanística (ad intra), sino también a otras materias sectoriales (ad extra), es un hecho que desalienta o hasta multiplica la complejidad del desarrollo reglamentario<sup>4</sup>.

Como se ha expuesto, inclusive más allá de la órbita legal, con las figuras de planeamiento urbanístico al más alto nivel, si se tienen en cuenta los nuevos instrumentos de naturaleza territorial, de espacios naturales, de paisaje, de vivienda, de medio ambiente, entre otros, inclusive con el empleo de técnicas o aprovechándose de técnicas urbanísticas, bien se puede comprobar que la ordenación

---

*Puesto que alcanzar lo que se pretende mediante un texto reglamentario único y completo comportaría que este adquiriría un tamaño excesivo, que dificultaría su uso eficiente, se ha descartado esta opción y se ha considerado conveniente dividir el desarrollo de la Ley de urbanismo según las materias que lo conforman dotadas de sustantividad propia.*

3. La disposición final primera de la Ley 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, dispone:

*Primera. Adaptación del Reglamento de la Ley de urbanismo*

*Corresponde al Gobierno, en el plazo de dieciocho meses a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, adaptar el Reglamento de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto 305/2006.*

Obsérvese que la Ley 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, entró en vigor el 1 de marzo de 2012, día siguiente de su publicación, como estableció su disposición final cuarta.

4. En el preámbulo del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística, se argumenta especialmente lo siguiente:

*La dificultad intrínseca de la materia urbanística y el hecho de que la Ley de urbanismo, heredera de la tradición normativa en este sector del ordenamiento jurídico, regule muchos de sus contenidos hasta el máximo detalle, hacen que su desarrollo reglamentario no sea una tarea sencilla.*

reglamentaria urbanística se halla dificultada en grado sumo en ese panorama jurídico, si se nos permite la expresión.

- 1.4.- La densidad legislativa y su grado de detalle es un elemento muy determinante. Igualmente inevitable es dejar anotado que a golpe de tan reiteradas, sucesivas y próximas regulaciones legales se ha llegado también en materia urbanística a ofrecer un ordenamiento largo, espeso y hasta cansino, si también se nos permite la expresión, que en aras y hasta presidido por elevar el rango a lo legal, en materias perfectamente reglamentarias, ha hecho más difícil todavía abordar el espacio que queda al Reglamento, que obviamente no permite ir contra lo establecido en la Ley. Sin dudar de la necesaria cobertura legal en los supuestos de rigor, la densidad legislativa muchas veces no solo dificulta, sino que puede excluir y vedar ordenaciones reglamentarias que, en caso contrario, podrían atender quizá más fácilmente a las necesidades urbanísticas, en un marco legal más adecuado a desarrollos reglamentarios<sup>5</sup>.
- 1.5.- Se ha evidenciado la tesis de que de lo que se trata es de formular ahora una regulación reglamentaria con afán, se dice, de aglutinar contenidos hasta el momento de rango legal, con los correspondientes contenidos reglamentarios que faciliten posteriormente el tránsito a una/s norma/s legal/es más descargada/s de aspectos que puedan ser de ordenación reglamentaria, y evitando las modificaciones legislativas<sup>6</sup>.
- 1.6.- No parece que en la regulación reglamentaria vaya a imperar el concepto de exhaustividad<sup>7</sup>.

---

5. Véase nota 4.

6. En el preámbulo del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística, se argumenta especialmente lo siguiente:

*En este sentido, se pretende que el nuevo desarrollo reglamentario aglutine, sin alterar su rango normativo, la regulación de detalle incorporada a la Ley de urbanismo, lo cual facilitaría la elaboración de una futura norma legal descargada de aspectos que pueden ser tratados a nivel reglamentario y, con ello, menos expuesta a la necesidad de tener que modificarla para que sirva a una nueva realidad social.*

7. En el preámbulo del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística, se argumenta especialmente lo siguiente:

*Cuando se redactó el vigente Reglamento se optó por configurar un texto normativo que desarrollase solo los aspectos de la Ley de urbanismo que, de manera aleatoria, no estaban regulados exhaustivamente. De esta manera, el Reglamento no alcanzó una dimensión excesiva, pero tampoco conformó un texto normativo comprensivo por sí mismo de toda la materia que regula.*

Finalmente, parece oportuno destacar que desde una perspectiva teórica serían muy saludables una ordenación y un desarrollo reglamentario de la legislación urbanística en todos sus contenidos.

Desde el punto de vista práctico, esa posibilidad fundada en un concepto de exhaustividad no dejaría de tener excepciones fundadas en la falta de oportunidad o conveniencia.

No obstante, en esa tesitura para con la nueva regulación reglamentaria ofrecida, bien parece que alguna falta de regulación reglamentaria en sede de la denominada protección de la legalidad urbanística preventiva, o en sede de la denominada protección de la legalidad urbanística reactiva, puede hacer necesario abordarla más bien pronto que tarde, en la medida en que las acuciantes necesidades urbanísticas lo requieran.

Pues bien, estas primeras líneas tan generales deben terminar dejando sentado:

- De una parte, y cuantitativamente, que el vigente Reglamento ha supuesto en esencia, desde la derogación de 50 artículos del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, la generación de 152 artículos.
- De otra parte, y cualitativamente, que se estima que ha sido un notable esfuerzo, sobresaliente si se prefiere, para atender a la tan delicada y sentida materia de la protección de la legalidad urbanística en general y muy especialmente en materia de protección de la legalidad urbanística, estricta o reactiva, tratando de dotar al ordenamiento, particulares, Administraciones y operadores jurídicos de elementos reglamentarios a conectar con el indisponible principio de seguridad jurídica.

Y además, por la extensión del Reglamento y la dimensión de mi ponencia, tan contaminada por la naturaleza de la función que desempeño, como ya se ha dicho, debo ofrecer una necesaria acotación a las presentes notas, que se deben concretar solo en la materia de la denominada protección de la legalidad urbanística reactiva, dejando el resto de la materia para otra ocasión.

## 2

## Perspectiva general de la regulación reglamentaria de la denominada protección de la legalidad urbanística reactiva

Con el nuevo Reglamento se entiende la protección de la legalidad urbanística en un sentido amplio, comprensiva de todos (sic) los instrumentos de intervención administrativa orientados a defender el ordenamiento jurídico urbanístico, sean de naturaleza preventiva o de naturaleza reactiva<sup>8</sup>.

Centrando el examen en los de naturaleza reactiva o de función reparadora o retributiva<sup>9</sup>, a no dudarlos en términos clásicos para medidas de restauración de la legalidad urbanística, de derecho sancionador urbanístico, y para determinar los daños y perjuicios causados por la vulneración de la legalidad urbanística, interesa ya destacar algunos supuestos de interés:

### 2.1.- La concepción que se utiliza es la de protección de la legalidad urbanística en sentido amplio (sic), que no se intuye que pueda di-

8. En el preámbulo del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística, se argumenta especialmente lo siguiente:

*En esta línea, este Reglamento desarrolla fundamentalmente los títulos sexto y séptimo de la Ley de urbanismo, relativos a la intervención en la edificación y el uso del suelo y del subsuelo y a la protección de la legalidad urbanística respectivamente, que tradicionalmente han constituido la parte del ordenamiento jurídico urbanístico que regula los instrumentos de intervención administrativa destinados a mantener el orden social en la materia. Al desarrollo de los títulos mencionados se añade el desarrollo de los arts. 48, 49, 50 y 54 de la Ley de urbanismo, relativos a los procedimientos de autorización de determinadas actuaciones en suelo no urbanizable y suelo urbanizable no delimitado y de obras y usos provisionales que, a pesar de estar situados en el título segundo de la Ley, relativo al régimen urbanístico del suelo, regulan aspectos procedimentales directamente relacionados con la materia que es objeto de este Reglamento.*

*No obstante la denominación de los títulos de la Ley de urbanismo que desarrolla, para la denominación del Reglamento se opta por una expresión tan corta como sea posible e identificativa de su contenido. De acuerdo con ello, se refiere a la protección de la legalidad urbanística, entendida en sentido amplio y, por lo tanto, comprensiva de todos los instrumentos de intervención administrativa orientados a defender el ordenamiento jurídico urbanístico, ya sean de naturaleza preventiva, como la licencia urbanística previa, o de naturaleza reactiva ante su vulneración, como las órdenes de restauración de la realidad física alterada o del ordenamiento jurídico vulnerado.*

9. En el preámbulo del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística, se argumenta especialmente lo siguiente:

*Este Reglamento sistematiza la materia sobre protección de la legalidad urbanística que regula. Se estructura en cuatro títulos: uno preliminar en el que se delimitan su objeto y los conceptos de legalidad urbanística y de protección de la legalidad urbanística, configurada esta protección a partir de su triple función preventiva, reparadora y retributiva con relación a las transgresiones del ordenamiento jurídico urbanístico.*

ficular el recto entendimiento de los supuestos que se presentan en relación con la doctrina establecida hasta el momento<sup>10</sup>.

2.2.- El derecho transitorio ofrecido –dos disposiciones transitorias de reducidos dictados– es suficientemente entendedor, sin caer en abigarradas relaciones de supuestos transitorios. Así:

*Disposición Transitoria Primera. Procedimiento en tramitación*

*Los procedimientos en materia de intervención administrativa para proteger la legalidad urbanística iniciados antes de la entrada en vigor de este Reglamento se tramitan de acuerdo con la normativa vigente en el momento en que se incoaron.*

*Disposición Transitoria Segunda. Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras*

*Las disposiciones sancionadoras de este Reglamento se aplican a las infracciones urbanísticas cometidas a partir de su entrada en vigor y, cuando sean más favorables, a las cometidas con anterioridad.*

Efectivamente, una disposición transitoria en materia procedimental y otra en materia de fondo de la protección de la legalidad urbanística en nítida relación con lo establecido en el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo<sup>11</sup>.

En materia de procedimiento así se ha ido sentando pacíficamente sin necesidad de prolijas citas.

Y en materia de fondo, de un lado, quizá conviene apuntar el añadido de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables, y, de otro lado, quizá no resulta ocioso añadir que si bien

10. En el preámbulo del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística, se argumenta especialmente lo siguiente:

*No obstante la denominación de los títulos de la Ley de urbanismo que desarrolla, para la denominación del Reglamento se opta por una expresión tan corta como sea posible e identificativa de su contenido. De acuerdo con ello, se refiere a la protección de la legalidad urbanística, entendida en sentido amplio y, por lo tanto, comprensiva de todos los instrumentos de intervención administrativa orientados a defender el ordenamiento jurídico urbanístico, ya sean de naturaleza preventiva, como la licencia urbanística previa, o de naturaleza reactiva ante su vulneración, como las órdenes de restauración de la realidad física alterada o del ordenamiento jurídico vulnerado.*

11. La disposición transitoria decimosexta del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, establece:

*Disposición transitoria decimosexta. Expedientes de protección de la legalidad urbanística.*  
1. *Los procedimientos de suspensión de obras, los sancionadores y los de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado se rigen por la normativa aplicable en el momento de la incoación del procedimiento.*

2. *Las infracciones urbanísticas se rigen por el régimen sancionador aplicable en el momento de su comisión.*

para el fondo se ofrece una regulación para con el derecho sancionador urbanístico (sic) no se contempla para con la restauración de la legalidad urbanística (sic) y para la determinación de los daños y perjuicios causados por la vulneración de la legalidad urbanística (sic). Supuestos estos últimos que hasta el momento merecían una consideración equiparable a la de derecho sancionador y que ahora, de seguirse el mismo criterio, plantean la aplicación de las disposiciones que pudieran ser más favorables.

- 2.3.- Ciertamente, en el marco de la protección de la legalidad urbanística en sentido amplio<sup>12</sup>, no se duda de hallarnos ante una potestad de naturaleza reglada como tantas veces se ha tenido que reiterar. Así resulta de lo establecido en el nuevo Reglamento, en su artículo 3:

*Artículo 3. Protección de la legalidad urbanística*

*Constituye la protección de la legalidad urbanística el conjunto de instrumentos que regula este Reglamento mediante los cuales las Administraciones Públicas competentes ejercen una potestad reglada que las faculta para intervenir en la actividad de los particulares con la finalidad de preservar la legalidad urbanística y restablecerla cuando se vulnera y de sancionar las conductas tipificadas como infracciones urbanísticas.*

Todo ello, sin necesidad de complejas citas anteriores, ahora trasunto de lo establecido por el artículo 199 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, en los siguientes términos:

*Artículo 199. Procedimientos de protección de la legalidad urbanística*

- 1. Todas las acciones o las omisiones que presuntamente comporten vulneración de las determinaciones contenidas en esta Ley, en el planeamiento urbanístico o en las ordenanzas urbanísticas municipales, sujetos a sanción de conformidad con lo que establecen esta Ley y el reglamento que la desarrolle, deben dar lugar a las actuaciones administrativas necesarias para acla-*

12. En el preámbulo del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística, se argumenta especialmente lo siguiente:

*Este Reglamento sistematiza la materia sobre protección de la legalidad urbanística que regula. Se estructura en cuatro títulos: uno preliminar en el que se delimitan su objeto y los conceptos de legalidad urbanística y de protección de la legalidad urbanística, configurada esta protección a partir de su triple función preventiva, reparadora y retributiva con relación a las transgresiones del ordenamiento jurídico urbanístico.*

*rar los hechos y, subsiguientemente, o bien directamente, si no se requiere información previa, a la incoación de un expediente de protección de la legalidad urbanística.*

2. *La potestad de protección de la legalidad urbanística es de ejercicio preceptivo. El ejercicio de esta potestad da lugar a la instrucción y la resolución de un procedimiento o de más de uno que tienen por objeto, conjuntamente o separadamente, la adopción de las medidas siguientes:*

*a) La restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado.*

*b) La imposición de sanciones.*

*c) La determinación de los daños y los perjuicios causados.*

2.4.- Aunque la sistemática del Reglamento en la materia de protección de la legalidad urbanística es la que es, todo conduce a pensar que no se ha propuesto alterar la sistemática prácticamente seguida hasta el momento, en esencia y como así resulta del precitado artículo 199 y del 210 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, consistente en:

\* Cuando no exista titulación habilitante para obras y usos urbanísticos:

- para lograr la restauración de la legalidad urbanística;
- para lograr la depuración del derecho sancionador urbanístico;
- para lograr la determinación de los daños y perjuicios causados por la vulneración de la legalidad urbanística.

\* Cuando no exista titulación habilitante:

- por causa de nulidad;
- por causa de anulación.

2.5.- Y es que, si la vertiente de restauración de la legalidad urbanística y del derecho sancionador urbanístico es singularmente visible en la regulación reglamentaria, la vía de la determinación de los daños y perjuicios causados por la vulneración de la legalidad urbanística aparece de forma no tan visible en una primera aproximación a la regulación reglamentaria.

En la aplicación práctica debe reconocerse que esa vía es episódica y hasta no concurrente en buen número de supuestos en que quizá debiera haberlo sido, y en esa tesitura no se deben entender las presentes notas como una crítica, sino como reconocedoras del esfuerzo patentizado en la nueva regulación reglamentaria, que dispensa buen número de normas a su favor. Así:

- Artículo 104 en materia de competencia administrativa general municipal y autonómica.
- Artículo 109 en materia de competencia sancionadora y de determinación de daños y perjuicios.
- Artículo 120 en materia de restauración de la legalidad urbanística y de determinación de daños y perjuicios.
- Artículo 127 en materia de ejecución subsidiaria.
- Artículo 142 en materia de reducción de la multa por restauración e indemnización voluntarias.
- Artículo 143 en materia de incremento de la multa por beneficio económico superior.
- Artículo 145 en materia de pliego de cargos de derecho sancionador urbanístico.
- Artículo 146 en materia de propuesta de resolución de derecho sancionador urbanístico.

2.6.- Mejor protagonismo sistemático respecto a la regulación reglamentaria anterior se opera en la materia de la inspección urbanística, que de los últimos artículos del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, se pasa a encuadrar en los primeros artículos del título 2: Intervención para restablecer la legalidad urbanística vulnerada –artículos 98 a 103–.

Especialmente destacable es la intención de dotar a la inspección de planes de inspección (sic) que fijen las prioridades de actuación, de intentar clarificar sus facultades y de poder obtener la debida colaboración de las Administraciones, para comprobar los hechos que puedan comportar la vulneración de la legalidad urbanística y determinar a las personas que puedan ser responsables.

Saludables también son las concreciones en sede de actas e informes, con la precisión de la necesidad de actuar los hechos comprobados y constatados directamente, con el relevante añadido de poder anexar mediciones y planos, obtener imágenes fotográficas o en movimiento relativas a la actuación inspeccionada, y cualquier documento público o privado relacionado con el objeto de la inspección.

2.7.- Las competencias en materia de protección de la legalidad urbanística. El marco legal establecido, superando antiguas discusiones, a partir de la modificación actuada por la Ley 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, se comprende en el artículo 200.3 de ese Decreto Legislativo:

3. *El municipio ejerce la potestad de protección de la legalidad urbanística respecto a las vulneraciones cometidas en su territorio. El departamento competente en materia de urbanismo también ejerce la potestad de protección de la legalidad urbanística con respecto a presuntas infracciones graves y muy graves. Debe establecerse por reglamento el sistema para coordinar el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística entre las Administraciones competentes. Con carácter general, este sistema debe fundamentarse en el ejercicio preferente de esta potestad por el ayuntamiento, sin perjuicio de regular supuestos especiales en que no sea así con relación a vulneraciones de la legalidad urbanística cometidas en suelo no urbanizable y en terrenos que el planeamiento urbanístico reserva para sistemas urbanísticos generales.*

A resultas de ese régimen legal, el nuevo Reglamento ofrece la siguiente regulación:

*Artículo 104. Administraciones competentes.*

*104.1 Corresponde a la Administración municipal el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística vulnerada por:*

- a) Restaurar la realidad física alterada y el orden jurídico vulnerado.*
- b) Sancionar las infracciones urbanísticas.*
- c) Determinar los daños y perjuicios causados.*

*104.2 El ejercicio de la potestad a que hace referencia el apartado 1 también corresponde al departamento competente en materia de urbanismo respecto de las vulneraciones de la legalidad urbanística que puedan ser constitutivas de infracciones graves o muy graves. En estos casos, el ejercicio de la citada potestad se extiende a las vulneraciones concurrentes que puedan ser constitutivas de infracciones leves.*

*104.3 Cuando se produzca una vulneración de la legalidad urbanística que pueda ser constitutiva de una infracción grave o muy grave, las Administraciones competentes han de ejercer la potestad a que hace referencia este artículo de manera coordinada de acuerdo con:*

- a) El principio de lealtad institucional.*
- b) El criterio general según el cual el ejercicio de la potestad es preceptivo y preferente por parte de la Administración municipal de conformidad con el art. 106.1.*
- c) El criterio especial según el cual, en suelo no urbanizable y en terrenos que el planeamiento urbanístico reserva a sistemas*

*urbanísticos generales, el departamento competente en materia de urbanismo puede ejercer la potestad directamente de conformidad con el art. 106.2.*

*Artículo 105. Comunicaciones a la Administración municipal relativas a los hechos que puedan vulnerar la legalidad urbanística*

*105.1 Cuando el departamento competente en materia de urbanismo tenga conocimiento de una presunta vulneración de la legalidad urbanística, debe comunicar a la Administración municipal correspondiente los hechos que pueden vulnerarla, con copia de los documentos de que disponga relativos a estos hechos.*

*105.2 En caso de que, de acuerdo con el art. 106, el departamento competente en materia de urbanismo incoe un procedimiento de protección de la legalidad urbanística vulnerada, debe comunicar la resolución de iniciación a la Administración municipal que corresponda y, posteriormente, la resolución que ponga fin al procedimiento.*

*Artículo 106. Coordinación de las Administraciones competentes*

*106.1 No obstante lo que establece el art. 105.1, el departamento competente en materia de urbanismo puede requerir a la Administración municipal en cualquier momento para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a un mes, incoe el procedimiento de protección de la legalidad urbanística vulnerada adecuado en relación con una vulneración que pueda ser constitutiva de una infracción urbanística grave o muy grave. Transcurrido el plazo establecido sin que la Administración municipal atienda al requerimiento, el órgano competente del departamento puede incoar el procedimiento correspondiente.*

*106.2 Cuando la vulneración pueda ser constitutiva de una infracción grave o muy grave y se produzca en suelo no urbanizable o en terrenos que el planeamiento urbanístico reserva para sistemas urbanísticos generales, respecto de la cual no conste que la Administración municipal esté tramitando un procedimiento de protección de la legalidad urbanística, el departamento competente en materia de urbanismo puede incoar el procedimiento correspondiente sin necesidad de efectuar el requerimiento previo a que hace referencia el apartado 1.*

Finalmente, se vertebra un sistema competencial que pasa del régimen en que el ejercicio de la potestad es preceptivo y preferente por parte de la Administración municipal a establecer el régimen especial según el cual, para infracciones graves o muy graves en suelo no urbanizable y en terrenos que el planeamiento urbanístico

reserva a sistemas urbanísticos generales, el departamento competente en materia de urbanismo puede ejercer la potestad directamente, y siempre que no conste que la Administración municipal esté tramitando un procedimiento de protección de la legalidad urbanística.

Es de desear que el principio de legalidad y el de lealtad institucional dejen de lado supuestos tan criticables como la realidad a veces muestra, tratando de mirar a otro lado en supuestos tan sensibles como los recayentes en suelo no urbanizable o en sistemas generales, inclusive con tácticas a resumir en “hacer más y más papeles”, elusivos del verdadero fondo del caso, pero caracterizados por no resolver nada ni mucho menos restablecer efectivamente la legalidad urbanística.

Caso contrario, bien parece que deberán calificarse debidamente conductas como informaciones previas tácticamente iniciadas y nunca acabadas, caducidades reiteradas, incoación de expedientes sancionadores pero no de restauración de la legalidad urbanística, entre otras, y todo ello adornado con una precisión de hechos tácticamente indefinida y con intención obstructiva de la íntegra consideración que puede merecer un supuesto.

- 2.8.- Destacable es la manifiesta voluntad de puntualizar el régimen de órganos competentes para incoar y resolver procedimientos de protección de la legalidad urbanística de los artículos 107 a 109 del nuevo texto reglamentario –con pormenorización para adopción de medidas provisionales y para la debida ejecución forzosa de las decisiones que se deben adoptar, y en el supuesto de derecho sancionador para determinar los daños y perjuicios causados y ordenar el restablecimiento de la legalidad urbanística–.
- 2.9.- Pese a su encuadramiento sistemático diferente en el nuevo Reglamento procede destacar las actuaciones previas –artículo 111 del nuevo Reglamento– que no solo apuntan al conocimiento subjetivo y objetivo del caso, sino, como tantas veces concurre, desde la necesaria coordinación del ejercicio competencial autonómico y municipal, pero quizá se desliza que la decisión a adoptar debe fundarse sobre la “conveniencia” de iniciar el procedimiento o archivar las actuaciones, y que si se ha empleado sin desconocer que realmente nos hallamos ante el ejercicio reglado de una potestad como se ha expuesto nada hay que añadir. Más perfecto, por el empleo del término “tiene que incoar”, era el derogado artículo 265.1 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña.

Además, ante las profusas citas a la interrupción de la prescripción, quizá deberá recordarse que esas actuaciones previas no interrumpen la prescripción en curso –en sede de restauración de la legalidad urbanística, de derecho sancionador o de determinación de daños y perjuicios– que concurriese, y que con toda corrección reconocía el derogado artículo 265.1 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña.

- 2.10.- Y también, pese a su encuadramiento sistemático diferente, en el nuevo Reglamento resulta muy necesario enfatizar, para evitar complicaciones posteriores, especialmente de ejecución forzosa, el apoyo que puede ostentar el Registro de la Propiedad, estableciéndose en el nuevo Reglamento, en su artículo 113, la necesidad de promover obligatoriamente el correspondiente asiento registral, cuando la resolución de iniciación del procedimiento haga referencia a actos que comporten la creación de nuevas fincas registrales, ya sean de parcelación, reparcelación, obra nueva o constitución de un régimen de propiedad horizontal, y la resolución firme que le ponga fin.

### 3

#### **Perspectiva en concreto de la protección de la legalidad urbanística: disposiciones generales de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística**

Siguiendo con la forma de exposición que ya se ha indicado, procede destacar lo siguiente:

- 3.1.- Disposiciones generales y disposiciones particulares. Con el marco del artículo 110, se sientan unas disposiciones generales en los artículos 111 y siguientes, a las que deberán añadirse las disposiciones particulares de los artículos 116 y siguientes cuando se trate de la restauración de la legalidad urbanística –también con la determinación de los daños y perjuicios, como apostilla el artículo 120.2–, y de los artículos 144 y siguientes cuando se trate del derecho sancionador urbanístico –también pudiendo articularse en su seno la restauración de la legalidad urbanística y la determinación de los daños y perjuicios, como se contempla especialmente en los artículos 109, 145, 146–.

La imagen de conjunto que se da es que la llevanza de procedimientos puede ser individualizada y separada para cada una de las medi-

das de restauración, de derecho sancionador y de determinación de daños y perjuicios, sin negarse lo establecido en el artículo 199 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, si bien parece revelarse la idea de que en un mismo procedimiento pueden actuarse dos o las tres líneas de actuación referidas, según lo merezca el caso.

- 3.2.- Habiéndose destacado anteriormente la información previa y el registro de la propiedad en los términos reglamentados en el nuevo Reglamento, y dirigiendo la atención al contenido de los artículos 112, 114 y 115, se entiende oportuno llamar la atención sobre:
- La previsión específica de los gastos de la práctica de pruebas a cargo de la persona interesada y a poder exigir anticipadamente y a reserva de la liquidación definitiva.
  - Los supuestos de suspensión del plazo máximo para dictar y notificar la resolución expresa del artículo 115.2.a) del nuevo Reglamento, a no dudarlo plagados de materia controvertible jurisdiccionalmente que se reproduce seguidamente:
    - a) *Cuando se deban practicar notificaciones por edictos, por el tiempo que sea preciso entre la diligencia que disponga la notificación por edictos y la comunicación al órgano competente o la publicación oficial, que permitan verificar que la notificación edictal se ha practicado mediante los anuncios en el tablón de edictos y en el diario oficial correspondientes de conformidad con los requisitos legales. En caso de que la notificación edictal se deba practicar individualmente a varias personas interesadas, la suspensión del cómputo del plazo termina cuando se produzca la última comunicación o la publicación oficial mencionadas.*

Quizá no resulta ocioso traer a colación lo que como interrupción de la prescripción se regula en el artículo 202 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, en los siguientes términos:

1. *Los procedimientos de protección de la legalidad urbanística caducan si, una vez transcurrido el plazo máximo de seis meses para dictar resolución, ésta no ha sido dictada y notificada. Este plazo resta interrumpido en los supuestos a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo común, y por todo el tiempo que se precise para hacer las notificaciones mediante edictos, si procede.*

- Y también el supuesto contemplado en el artículo 115.2.b) del nuevo Reglamento, del siguiente tenor:
  - b) *Cuando se deba requerir a la persona interesada para que legalice los actos ilegales a que hace referencia el art. 116.1, por el tiempo que transcurra entre la notificación del requerimiento y la resolución que otorgue o deniegue el título administrativo habilitante solicitado o la presentación de la comunicación exigida. En caso de que el departamento competente en materia de urbanismo ejerza la potestad de protección de la legalidad urbanística, este plazo finaliza cuando se comuniquen al órgano competente la resolución o la presentación de la comunicación mencionadas. En el supuesto de que la persona interesada no atienda al requerimiento efectuado, el mencionado plazo finaliza cuando acabe el plazo de dos meses concedido para cumplirlo.*

En este último supuesto, cuando iba siendo de común apreciación que uno de los procedimientos de restauración de la legalidad urbanística precisamente terminaba con aquel acto que, en su caso, estimaba la producción de obras o usos urbanísticos sin haberse dotado de titulación habilitante, se pronunciaba sobre la posible legalización de las correspondientes obras y/o usos que no constaba debidamente que fuesen manifiestamente ilegalizables, y daba el último esfuerzo del ordenamiento jurídico urbanístico para poder obtener la correspondiente titulación habilitante con la realización del requerimiento, con verdadera naturaleza de acto impugnabile en vía contencioso-administrativa, y que ahora se complica su entendimiento con la inclusión de una suspensión de plazo para resolver y notificar.

#### 4

### **Perspectiva en concreto de la protección de la legalidad urbanística: disposiciones en concreto de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística relativos a la restauración de la legalidad urbanística sin titulación habilitante**

Del conjunto de la regulación de los artículos 116 a 129 procede destacar:

- 4.1.- Es patente el grado de detalle que se exige y al que hay que aplicarse en la resolución de iniciación, con las garantías que se ofrecen y las necesidades de comunicación entre Administraciones.
- 4.2.- Lo mismo podría decirse en cuanto a las medidas provisionales, si bien no deja de ser curioso observar el régimen establecido para la suspensión provisional no ratificada o modificada en plazo, que, siendo ineficaz, puede ser ordenada de nuevo sin audiencia en los siguientes términos:
- 118.2 El órgano competente debe ratificar, modificar o revocar la suspensión de las obras en curso de ejecución que haya ordenado en el plazo de quince días siguientes a la finalización del trámite de audiencia de la resolución de iniciación. Si no la ratifica o modifica en este plazo, la orden de suspensión de obras se convierte en ineficaz, pero ello no impide que pueda ordenarla de nuevo, supuesto en que no es preciso reiterar la audiencia ya practicada ni ratificar la orden dictada de nuevo.*
- 4.3.- Técnicamente muy acertada es la previsión de que el sobreseimiento del procedimiento de restauración no alcanza al de derecho sancionador—como se contempla en el artículo 119.1 del nuevo Reglamento—.
- 4.4.- Cuando se desarrollan las medidas de restauración en el artículo 120 del nuevo Reglamento, interesa destacar las puntualizaciones que se ofrecen en sede de reposición al estado inicial de las obras derribadas o modificadas cuando los inmuebles afectados, aunque no estén protegidos, hayan sido derribados parcialmente, siempre que la parte derribada no sea estructural o funcionalmente autónoma ni separable de la parte no derribada, y cuando la reposición de los inmuebles afectados sea necesaria para el funcionamiento de los servicios públicos o para garantizar la seguridad de las personas y las cosas. No se duda de las posibles controversias que ello puede llevar aparejado.
- Y, de la misma forma, dejar oportunamente señalada la previsión para con el cese de los usos ilegales, el desalojo de las personas usuarias y la retirada de las cosas muebles relativas a los usos ilegales del inmueble de que se trate, la ejecución de las obras necesarias para impedir los usos ilegales, de tan compleja llevanza como igualmente para instar la revisión de las operaciones jurídicas privadas que comporten la vulneración del régimen urbanístico de división de los terrenos y de los edificios.

- 4.5.- Desde el punto de vista subjetivo, para personas obligadas a cumplir las órdenes de restauración es patente el esfuerzo clarificador que muestra el artículo 122.1 del nuevo Reglamento, en cuanto dispone:

*Artículo 122. Personas obligadas*

*122.1 Son personas obligadas a cumplir las órdenes de restauración las personas físicas o jurídicas propietarias del suelo y las obras afectados, a menos que, de acuerdo con la naturaleza propia de las medidas adoptadas, su cumplimiento corresponda a las personas usuarias no propietarias, las compañías suministradoras de servicios u otros sujetos.*

Y con el añadido del principio de subrogación real:

*122.2 De acuerdo con la legislación en materia de suelo, la transmisión de fincas no modifica la situación de la persona titular respecto de los deberes de la persona propietaria establecidos en la legislación urbanística o exigibles por sus actos de ejecución. En consecuencia, en relación con las medidas de restauración que haya que adoptar o que hayan sido adoptadas, la nueva persona propietaria queda subrogada en la obligación de la persona propietaria anterior. En caso de que la orden de restauración se haya dirigido a la persona propietaria anterior, corresponde cumplirla a la persona que sea propietaria en el momento de ejecutarla, que ha de disponer del periodo de ejecución voluntaria correspondiente.*

- 4.6.- Se prevé y desarrolla reglamentariamente el programa de restauración voluntaria en los artículos 123 y 124 del nuevo Reglamento, cuyo máximo juego se dispensa en materia de derecho sancionador. En todo caso, no resulta baladí detener la atención en que el artículo 217.3 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, apunta a que la decisión de proceder a la restauración de la realidad física o jurídica alterada debe acreditarse antes de la resolución del procedimiento correspondiente (sic), y estableciendo la garantía en los siguientes términos:

*3. A los efectos de lo que determina el apartado 1, la decisión de proceder a la restauración de la realidad física o jurídica alterada debe acreditarse antes de la resolución del procedimiento correspondiente y se debe garantizar, de acuerdo con lo que sea determinado por reglamento, en una cuantía no inferior al 50 % del presupuesto de restauración.*

Por su parte, el nuevo Reglamento, en su artículo 123.1, apuntando a cualquier momento anterior a la ejecución forzosa (sic), establece:

*123.1 En cualquier momento anterior a la ejecución forzosa de una medida de restauración adoptada o que se pueda adoptar, la persona obligada puede instar su ejecución voluntaria mediante la presentación de un programa de restauración ante el órgano competente para ordenar su ejecución forzosa, en el cual se debe fijar justificadamente el plazo necesario y suficiente para ejecutarla.*

- 4.7.- Y muy acertada en términos generales se entiende la línea de regulación en sede de ejecución forzosa de actos administrativos con sus procedimientos que se despliega en los artículos 125 a 129 del nuevo Reglamento –así, en especial, para ejecución subsidiaria, multa coercitiva y apremio sobre el patrimonio–.

## 5

### **Perspectiva en concreto de la protección de la legalidad urbanística: disposiciones en concreto de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística relativos a la restauración de la legalidad urbanística con titulación habilitante**

Del conjunto de la regulación de los artículos 130 a 133 procede destacar:

- 5.1.- La primera observación que se produce es que el texto reglamentario sigue al artículo 208 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, en cuanto hace referencia a “revisión de licencias y de órdenes de ejecución”, y así, en su artículo 130.1, apunta a las licencias urbanísticas, las declaraciones de innecesariedad de licencia urbanística de parcelación, los proyectos de urbanización, los proyectos de obras locales ordinarias, los proyectos de reparcelación, y las órdenes de ejecución y de restauración que regula este Reglamento, o si así se prefiere, como se reconoce en el artículo 130.2, a actos de utilización del suelo y las obras amparados en un título administrativo habilitante nulo o anulable.

No obstante, como la práctica demuestra, no solo es ese el ámbito objetivo de la revisión, ya que igualmente caben las disposiciones reglamentarias, incluidas las figuras de planeamiento, y la titulación habilitante resultante de los regímenes de comunicación y cualesquiera otras de la misma naturaleza y significación, como en definitiva late en el artículo 131 del nuevo texto reglamentario.

- 5.2.- De interés es el régimen de suspensión de la ejecutividad de títulos administrativos habilitantes del artículo 132 del nuevo Reglamento.
- 5.3.- Y mayores problemas prácticos se pueden intuir para la restauración de la legalidad urbanística en el mismo procedimiento de revisión, como se trasluce del artículo 133 del nuevo Reglamento.

## 6

### **Perspectiva en concreto de la protección de la legalidad urbanística: disposiciones en concreto de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística relativos al régimen sancionador**

Del conjunto de la regulación de los artículos 134 a 152 procede señalar:

- 6.1.- El artículo 134.2 y 3 del nuevo Reglamento ofrece una serie de reglas que merecen relacionarse seguidamente:

*134.2 En caso de que una sola acción u omisión sea constitutiva de dos o más infracciones urbanísticas o, aunque solo sea constitutiva de una infracción urbanística, se configure como el medio necesario utilizado para cometer otra infracción urbanística, la persona responsable ha de ser sancionada de conformidad con la infracción urbanística más grave cometida.*

*134.3 En caso de que se incoe un solo procedimiento en relación con diversas acciones u omisiones que sean constitutivas de diversas infracciones urbanísticas, no conectadas entre sí en los términos que regula el apartado 2, la persona responsable ha de ser sancionada acumulativamente por cada infracción urbanística cometida.*

Reglas que tienen un recuerdo notable a lo dispuesto en los artículos 68, 69 y 71 del anterior Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, en los siguientes términos:

*Artículo 68*

*Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos.*

*Artículo 69*

*Al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.*

*[...]*

### *Artículo 71*

*Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro.*

*En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos.*

*Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado.*

Quizá conviene detener la atención sobre que actualmente esas materias en sede de derecho penal se regulan en el Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en los artículos 8, 73 y 77, del siguiente modo:

### *Artículo 8*

*Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:*

- 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*
- 2.ª El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea esta tácitamente deducible.*
- 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel.*
- 4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.*

*[...]*

### *Artículo 73*

*Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.*

*[...]*

### *Artículo 77*

- 1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.*
- 2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que*

*represente la suma de las que correspondería aplicar si se penararan separadamente las infracciones.*

3. *Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.*

Ciertamente, en el artículo 224 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, sus apartados 1 y 2 tienen el siguiente contenido:

*Artículo 224. Infracciones conexas.*

1. *En el caso de que sobre un mismo sujeto se instruya un expediente sancionador por más de una infracción entre las que haya conexión de causa y efecto, se le tiene que imponer la sanción que corresponda a la infracción cometida más grave, para cuya graduación hay que tener en cuenta el resultado final perseguido y el daño causado.*
2. *Deben imponerse a las personas responsables, en los supuestos de concurrencia de dos o más infracciones urbanísticas otras que las que regula el apartado 1, las multas correspondientes a cada una de las infracciones cometidas, si bien mediante un único expediente de protección de la legalidad urbanística. En este caso, el órgano competente para imponer las multas es el que tiene atribuida la competencia para imponer la sanción de más cuantía.*

- 6.2.- Es también destacable para la conceptualización de personas responsables la menor densidad de regulación que ofrece el nuevo texto reglamentario en su artículo 135.2 y 3, que goza del siguiente contenido:

*135.2 Son responsables de los hechos tipificados como infracción urbanística las personas que los promuevan, proyecten, dirijan o ejecuten materialmente, sean propietarias o no del suelo o las obras afectados.*

*135.3 La responsabilidad de las personas infractoras es individual. Las multas que se impongan a las personas responsables de una misma infracción urbanística son independientes entre sí, a menos que el cumplimiento de las obligaciones legales corresponda a varias personas conjuntamente, supuesto en el cual estas personas responden solidariamente de la infracción que cometan y de la multa que les corresponda.*

Y ello es así si se tienen en cuenta los dictados del artículo 221.2 a 4 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo:

2. *Al efecto de la responsabilidad por infracción urbanística, se consideran personas promotoras los agentes, las personas encargadas de la gestión o del impulso de la actuación, si no son las personas propietarias.*
  3. *En las obras que se ejecuten sin licencia o con inobservancia de las cláusulas de esta, tienen que ser sancionados, con las multas que determina esta Ley, las personas propietarias, promotoras, constructoras, o empresarias de las obras y las personas técnicas directoras de la ejecución de estas.*
  4. *Los agentes responsables se determinan de acuerdo con las definiciones utilizadas por la legislación sobre ordenación de la edificación.*
- 6.3.- Verdadera novedad constituyen las reglas de determinación del importe de las multas, con apoyo en la fórmula que se ofrece en el artículo 137.1 del nuevo texto reglamentario:

$$M = R \cdot VS \cdot G \cdot C$$

*En la cual:*

*M es el importe de la multa en euros, sin redondear.*

*R es el módulo regulador de la multa.*

*VS es el volumen edificado en metros cúbicos o la superficie de suelo en metros cuadrados afectados por la infracción urbanística.*

*G es el factor relativo a la gravedad de la infracción.*

*C es el factor relativo a las circunstancias que modulan la responsabilidad.*

Y además, por las reglas y criterios para supuestos generales y particulares que se ofrecen seguidamente.

En todo caso, el peso o centro de gravedad matemático que se trasluce de su texto es revelador del esfuerzo que se hace inclusive con la regla del redondeo al múltiplo de 100 más próximo por exceso o por defecto.

El reglamentador es consciente de que, con la métrica o matemática empleada, se puede obtener un importe superior al máximo legal del artículo 219 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, y para salvar la imperfección de las reglas matemáticas dispensa una regla de ajuste al régimen legal, limitando el importe a la cuantía máxima que corresponda a la clase de infracción de que se trate –artículo 141.a) del nuevo texto reglamentario–.

Ahora bien, también se ofrece una curiosa regla para cuando el importe obtenido sea inferior a 300 €, en cuyo caso se opta por incrementar su importe hasta esa cuantía mínima, cuando el tenor literal del artículo 219 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, establece:

*Artículo 219. Cuantía de las sanciones.*

1. *Las infracciones urbanísticas tipificadas en la presente Ley se sancionan con las siguientes multas:*

- a) *Las infracciones urbanísticas leves, con una multa de hasta 3000 euros.*
- b) *Las infracciones urbanísticas graves, con una multa de hasta 150 000 euros.*
- c) *Las infracciones urbanísticas muy graves, con una multa de hasta 1 500 000 euros.*

6.4.- No se acentúa una regulación reglamentaria de las denominadas “infracciones leves por legalización efectiva” del artículo 216 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo.

6.5.- Sí que se aborda en el artículo 142 del nuevo Reglamento la regulación reglamentaria de la restauración voluntaria de la realidad física o jurídica alterada antes de que la resolución sancionadora alcance firmeza en vía administrativa, con la reducción del importe de la multa en el 80 %, o, en el caso de restauración parcial, la reducción de la parte proporcional correspondiente.

Se añade además la restauración voluntaria posterior a la resolución sancionadora firme, pero antes de que se ordene la ejecución forzosa de la sanción, con la importante reducción de la cuantía de la multa en el 60 %, previéndose en especial la restauración parcial, con la reducción de la parte proporcional del 60 % de la cuantía de la sanción.

Y muy especialmente es de resaltar la posible aplicación de los beneficios precitados de oficio.

Si bien el texto legal del artículo 216 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, solo hace referencia a la restauración, en el texto reglamentario parece que se exige, además, que concurra la indemnización voluntaria total o parcial.

6.6.- Se ofrece una saludable regulación reglamentaria del incremento de la multa hasta el beneficio económico obtenido y que solo se da

en los términos del artículo 143.1, y con la regla especial caso de derribo el artículo 143.2, en los siguientes términos:

*143.1 En ningún caso la comisión de una infracción urbanística puede resultar más beneficiosa para la persona infractora que el cumplimiento de las normas infringidas. Cuando el beneficio económico obtenido por la persona infractora sea superior al resultado de sumar la multa que corresponda de acuerdo con los artículos precedentes, el coste de las medidas de restauración de la realidad física alterada y el orden jurídico vulnerado y la indemnización de los daños y perjuicios causados, se ha de incrementar el importe de la multa que corresponda hasta igualar la suma con el beneficio económico obtenido.*

*143.2 En caso de que la infracción cometida comporte, como medida de restauración, el derribo de la obra ejecutada ilegalmente, no se puede computar su valor como beneficio económico obtenido por la persona titular infractora a efectos de lo que establece el apartado 1.*

- 6.7.- En materia de procedimiento sancionador, son resaltables los trámites a realizar más allá de los sujetos presuntamente responsables, y que, pese al empleo del término “persona interesada”, y el de “personas denunciantes”, no debe escapar la presencia de la acción pública en materia de protección de la legalidad urbanística.
- 6.8.- Sigue siendo relevante destacar la regulación de los casos de concurrency con ilícito penal en el artículo 148 del nuevo Reglamento, para velar por los inalienables intereses urbanísticos de su razón en la órbita de la restauración de la legalidad urbanística, claro está, en la medida en que no perjudiquen las actuaciones de la jurisdicción penal.
- 6.9.- Se sigue previendo el procedimiento sancionador abreviado en los términos del artículo 150 del nuevo Reglamento.
- 6.10.- Y nada hay que objetar, sino todo lo contrario, a que en términos generales se entiende la línea de regulación en sede de ejecución voluntaria y forzosa de las sanciones urbanísticas contemplada en los artículos 151 y 152 del nuevo texto reglamentario –así, en especial, para ejecución vía apremio sobre el patrimonio–.



QDL38

**Jurisprudencia**

# Crónica de jurisprudencia (de 11 de marzo a 10 de junio de 2015)

ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

*Profesor titular de Derecho Administrativo de  
la Universidad Carlos III de Madrid*

## Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2015, de 18 de marzo, en relación con la Ley del Parlamento de Cantabria 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de Ordenación del Litoral.

### Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular del Senado contra la Ley del Parlamento de Cantabria 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de Ordenación del Litoral.

### Extracto de doctrina

[...]

5. Los senadores recurrentes dirigen un segundo reproche al conjunto de la Ley del Parlamento de Cantabria 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de Ordenación del Litoral, consistente en la vulneración del principio de autonomía local proclamado por los arts. 137 y 140 CE, así como de las competencias reservadas al Estado por los epígrafes 1 y 18 del art. 149.1 CE. Sostienen, a este respecto, que en el art. 25 de la Ley de bases de régimen local (LBRL), se define el marco de garantía de la autonomía local mediante la identificación de las materias —entre las que se encuentran la ordenación urbanística [letra d)] y la protección ambiental [letra f)]— respecto de las cuales los municipios han de ostentar competencias. En opinión de los actores, las modificaciones introducidas tras el trámite de audiencia en el proyecto de la que finalmente se ha aprobado como Ley del Parlamento de Cantabria 2/2004,

*habrían impedido la participación efectiva de los municipios cántabros en la formación del Plan de Ordenación del Litoral. Denuncian, en particular, que no hubiera una audiencia singularizada de los ayuntamientos, al margen del trámite general de información pública, y que el texto del proyecto de ley finalmente presentado a la consideración del Parlamento de Cantabria guardaba pocas semejanzas con el sometido a ese mismo trámite de información pública. Siempre en opinión de los senadores promotores del recurso de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa, la preservación de la efectividad de la participación municipal en la elaboración del Plan obligaba a someter el documento modificado a una nueva audiencia antes de su definitiva remisión al Parlamento de Cantabria. A mayor abundamiento, los actores echan en falta la intervención de los municipios en la evaluación ambiental que ni siquiera se llevó a cabo.*

*Las representaciones procesales del Gobierno y del Parlamento de Cantabria contraponen a estas consideraciones la caracterización del derecho de la comunidad local a participar en asuntos que afecten a su círculo de intereses como un derecho de configuración legal. Sentada esta premisa, hacen hincapié en la imposibilidad de trasladar acríticamente al procedimiento legislativo provisiones establecidas para los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general de estricta naturaleza administrativa. No existe norma alguna a la que haya de atenderse el legislador autonómico en el procedimiento de elaboración de la Ley 2/2004 que obligue a someter el anteproyecto de ley a un nuevo trámite de información pública o de audiencia singularizada a los ayuntamientos. La letrada del Ejecutivo autonómico apunta, además, que las modificaciones introducidas en el anteproyecto de ley no han supuesto una alteración sustancial del modelo inicialmente propuesto y que apenas un puñado de los numerosos preceptos legales cuya redacción fue modificada por la aceptación de alegaciones presentadas en el trámite de información pública y no sometida a un nuevo trámite de audiencia, han sido impugnados por los mismos actores que ahora echan en falta la realización de ese mismo trámite de audiencia, lo que demostraría la oportunidad del cambio de redacción habido. Por su parte, los letrados del Parlamento de Cantabria inciden especialmente en el análisis de los preceptos relativos a las denominadas “actuaciones integrales estratégicas” (arts. 51 a 57), que, en su opinión, “constituyen un ejemplo paradigmático de la presencia de intereses supralocales en el desarrollo legislativo de la competencia autonómica de ordenación del territorio y de su manifiesta transversalidad y vocación expansiva”.*

6. Para dar respuesta a este motivo impugnatorio debemos recordar, como ya hiciéramos en la reciente STC 132/2014, de 22 de julio, con cita expresa, entre otras y destacadamente, de la STC 240/2006, de 20 de julio, que la autonomía local reconocida en los arts. 137, 140 y 141 CE, “se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el ‘derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañen, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4)’, (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39). Tal como declaramos en la STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 5, se trata de una noción muy similar a la que luego fue acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 (ratificada por España en 1988), cuyo art. 3 (‘Concepto de la autonomía local’) establece que ‘por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes’ [...] Más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional la autonomía local ‘es un concepto jurídico de contenido legal, que permite configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional. Por tanto en relación con el juicio de constitucionalidad solo cabe comprobar si el legislador ha respetado esa garantía institucional’.” (FJ 5).

En la misma línea, en la STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39, este Tribunal tuvo ocasión de señalar que ese “derecho de intervención en los asuntos de su competencia forma, por tanto, el núcleo primigenio de la autonomía local. No obstante, este Tribunal ha señalado igualmente que la Constitución no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y que no cabe hablar de ‘intereses naturales de los entes locales’ (STC 32/1981), sino que, ‘más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional’ (STC 170/1989, fundamento jurídico 9), de manera que corresponde al legislador la determinación concreta del contenido

*de la autonomía local, respetando el núcleo esencial de la garantía institucional de dicha autonomía (SSTC 259/1988, 214/1989 y 46/1992) y sin romper con la ‘imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace’ (STC 32/1981, fundamento jurídico 3)”.*

*A su vez, el art. 2.1 LBRL establece que “para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las comunidades autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.*

*Ni que decir tiene que entre los asuntos de interés de los municipios y a los que por tanto se extienden sus competencias, figuran, de acuerdo por lo dispuesto en la normativa básica estatal, tanto el urbanismo [art. 25.2 a) LBRL, en la redacción dada al mismo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local] como el medio ambiente [art. 25.2 b) LBRL]. Ambas materias competenciales han sido específicamente invocadas por los recurrentes en defensa del alegato impugnatorio que ahora nos ocupa.*

*En este caso importa reseñar que, en virtud de lo dispuesto en el art. 24.3 de su Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma de Cantabria ha asumido competencia exclusiva —exclusividad que ha de interpretarse a la luz de la doctrina sintetizada, entre otras, en las SSTC 40/1998, FJ 29; y 46/2007, de 1 de marzo, FJ 3— en materia de “ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda” y de desarrollo legislativo y ejecución sobre “protección del medio ambiente y de los ecosistemas” (art. 25.7 de ese mismo texto estatutario). Ambas competencias tienen un marcado carácter transversal u horizontal, como puso de relieve este Tribunal en la STC 8/2012, de 18 de enero, FJ 3.*

*Como quiera que la competencia sobre ordenación territorial “tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial” (STC 77/1984, de 3 de julio, FJ 2), definición objetiva que podemos extender a la com-*

*petencia autonómica sobre ordenación del litoral, y toda vez que ese mismo es el objeto de la Ley de ordenación del litoral aquí controvertida, puede resultar pertinente comprobar qué mecanismos ha dispuesto el propio legislador autonómico cántabro para garantizar el derecho de los municipios —aquí, los ubicados en la franja del litoral— a intervenir en los asuntos de su interés. Al respecto, los senadores recurrentes invocan de manera específica los arts. 16 y 17 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, aplicables al Plan de Ordenación del Litoral por mor de lo establecido en su disposición adicional cuarta, rubricada “Plan de Ordenación del Litoral”, que equipara “a todos los efectos” el Plan de Ordenación del Litoral con el Plan Regional de Ordenación Territorial y prevé su elaboración “de acuerdo con el procedimiento del artículo 16”. Pues bien, de acuerdo con lo previsto en ese art. 16 de la Ley de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, entre las reglas a las que se somete la formulación y aprobación del Plan de Ordenación del Litoral figura el traslado del proyecto de Plan a la Comisión Regional de Ordenación del Territorio para su aprobación inicial y su sometimiento a un trámite de información pública por plazo no inferior a dos meses, durante los cuales la Comisión “dará audiencia singularizada a [...] todos los ayuntamientos afectados” [letra c)]. Dichos ayuntamientos son los correspondientes a los 37 municipios costeros a los que se alude en el apartado quinto de la ya citada disposición adicional cuarta. Transcurrido ese plazo de consulta e información pública, “la Comisión solicitará informe a la Consejería autora del Plan acerca de lo alegado en el citado trámite. Evacuado dicho informe la Comisión aprobará provisionalmente el Plan y lo trasladará al consejero competente en materia de ordenación territorial para su aprobación como Proyecto de Ley por el Gobierno” [letra d)].*

*Así se hizo, según consigna la Comisión Permanente del Consejo de Estado en su dictamen de 3 de febrero de 2005, emitido en el expediente 16-2005, con carácter previo a la formalización de conflicto en defensa de la autonomía local tramitado con el núm. 1501-2005. En dicho dictamen se recuerda que el proyecto de ley fue “aprobado inicialmente el 31 de marzo de 2004 por la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria y sometido a información pública y audiencia de los municipios costeros afectados por el Plan de Ordenación del Litoral. Algunos de ellos presentaron escritos de alegaciones oponiéndose a su aprobación y proponiendo numerosas modificaciones a su articulado. Asimismo, presentó sus alegaciones la Federación de*

*Municipios de Cantabria. El proyecto de Ley fue aprobado provisionalmente el 19 de julio de 2004 por la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, introduciendo en el texto inicial numerosas e importantes modificaciones”.*

*A la vista de lo dispuesto en el art. 28 de la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional, no es preciso desplegar esfuerzo argumental alguno para concluir que la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria no puede erigirse en canon de constitucionalidad de la Ley de Cantabria 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de Ordenación del Litoral. De modo que el recordatorio del pasaje del dictamen del Consejo de Estado reproducido en el párrafo anterior no tiene como fin dar respuesta al planteamiento sostenido de contrario por los parlamentarios recurrentes sino poner de manifiesto que no se advierte siquiera un inadecuado cumplimiento del trámite de audiencia pública y consulta a los municipios costeros afectados por la elaboración y posterior aprobación del Plan de Ordenación del Litoral. Sentado esto, debemos hacer nuestras las palabras del Consejo de Estado, cuando, en ese mismo dictamen de 3 de febrero de 2005, declara que “en relación con la pretendida inconstitucionalidad de la Ley 2/2004 derivada de la tramitación administrativa del correspondiente proyecto de Ley, en concreto por la falta de reiteración de la audiencia a los municipios, se advierte que tal pretensión se fundamenta en la traslación mutatis mutandis del principio de participación ciudadana en el planeamiento administrativo a la tramitación y aprobación de leyes autonómicas. Tal traslación es errónea ya que la necesidad de reiterar el trámite de información pública deriva ‘del principio de la participación ciudadana en la elaboración del planeamiento para dotar a este de la necesaria legitimación democrática’ y esta no puede considerarse ausente cuando, como aquí ocurre, el producto normativo es fruto de la voluntad del Parlamento autonómico”.*

*La invocación del art. 58.2, inciso segundo LBRL es, asimismo, inadecuada porque se refiere a los instrumentos de planificación elaborados por la Administración.*

*Dicho lo anterior, siquiera sea para rebatir las alegaciones efectuadas en tal sentido por los recurrentes, hemos de advertir que parte de un planteamiento desacertado. Tratándose de normas con rango de ley, no puede invocarse el principio de autonomía local para condicionar los correspondientes procedimientos legislativos imponiendo en ellos la audiencia de los ayuntamientos que pudieran resultar afectados por los proyectos en tramitación. Dicho principio actúa como canon de cons-*

*titucionalidad del contenido de las leyes, no del procedimiento de su elaboración, y desde esta perspectiva se enjuiciarán los preceptos de la ley que se impugna en este recurso. Lo expuesto permite rechazar la in-  
cardinación que los recurrentes postulan de la reiteración del trámite de  
audiencia en la autonomía municipal constitucionalmente garantizada,  
pues esta garantía lo es de un instituto de participación de la comunidad  
local en el juego libre y democrático, no confiriéndoles a los entes loca-  
les un poder de veto o predeterminación de la regulación legislativa de  
las instituciones.*

[...]

*10. La lectura de los alegatos dirigidos por los recurrentes contra los  
preceptos que integran el título IV de la Ley del Plan de Ordenación  
del Litoral relativos a las “actuaciones integrales estratégicas” pone  
de manifiesto que, más allá de los reproches específicamente dirigidos  
contra ellos individualmente considerados, la impugnación global de  
dicho título se asienta sobre dos pilares: En primer lugar, la denuncia  
de que la regulación legal de los proyectos singulares de interés regio-  
nal es “abiertamente inconstitucional” puesto que permite desconocer  
la clasificación urbanística del suelo y, a su través, la intervención de  
la Administración autonómica incluso sobre el suelo urbano, es decir,  
aquella clase de suelo sobre la que se proyectan con mayor intensidad  
las potestades municipales de ordenación y gestión urbanística. En se-  
gundo lugar, se quejan los senadores recurrentes de que la previsión  
contenida en el art. 54 b) de la Ley, conforme a la cual, la delimitación  
de las actuaciones integrales estratégicas productivas llevará implícita  
su declaración de interés regional a los efectos del art. 28 de la Ley de  
ordenación del territorio y régimen urbanístico del suelo de Cantabria,  
anula las facultades de intervención de los municipios en asuntos sobre  
los que concurre un indiscutible interés local, pues afecta a la orde-  
nación urbanística de zonas del territorio municipal, materia sobre la  
que debe poder pronunciarse e intervenir la comunidad municipal. Con  
invocación del art. 58.2 LBRL, se achaca al legislador autonómico que  
no haya garantizado suficientemente la participación municipal en un  
asunto que atañe directamente a las competencias locales sobre ordena-  
ción del territorio, urbanismo y medio ambiente. Antes bien, se permite  
que la Comunidad Autónoma extraiga del control y de las potestades  
de ordenación municipal una parte del territorio, condicionando la li-  
bertad de configurador del planificador urbanístico desde el momento  
en que el art. 52 impone la adaptación del planeamiento urbanístico a  
las determinaciones de los planes y proyectos aprobados en desarrollo*

*de las actuaciones integrales estratégicas y el art. 53 congela los usos autorizables al regular los compatibles en estas áreas.*

*Al examinar el presente motivo impugnatorio de la Ley autonómica no debemos perder de vista el carácter global del mismo. No se trata de tres derivaciones de un mismo alegato sino de tres elementos integrantes de una causa de nulidad de una parte de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral. Lo que significa que habrá de quedar para después el enjuiciamiento por separado y de manera singularizada de la constitucionalidad de cada uno de los preceptos que integran el título IV de la Ley del Parlamento de Cantabria 2/2004. Lo que ahora interesa es determinar hasta qué punto la lectura conjunta de todos ellos da como resultado una regulación inconstitucional en tanto que vulneradora de la autonomía constitucionalmente garantizada a los municipios; aquí, a los 37 municipios costeros en cuyo territorio resulta de entera aplicación la Ley. Pues bien, con independencia de lo que posteriormente resulte del análisis circunstanciado de las impugnaciones singularizadas de los preceptos que lo componen, debemos descartar que, valorado en su conjunto, el título IV de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral merezca el reproche de inconstitucionalidad contra él dirigido.*

*Con respecto a la posible incidencia autonómica en cualquier tipo de suelo, con entera abstracción por tanto de su clasificación urbanística, baste significar que esa incidencia se ciñe exclusivamente a las actuaciones integrales recogidas en el anexo III —conforme a la cartografía del anexo I— de la Ley del Parlamento de Cantabria 2/2004, por lo que —salvada la duda que pudiera plantear lo dispuesto en el art. 51.3, sobre el que tendremos ocasión de volver posteriormente— carece de la vis expansiva que pretenden atribuirle los recurrentes. Esta misma razón nos lleva a descartar la inconstitucionalidad de la afirmación de que la delimitación de los terrenos en los que hayan de localizarse las actuaciones integrales estratégicas productivas llevará implícita la declaración de interés regional a los efectos del art. 28 de la Ley de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo [art. 54 b)], al versar igualmente sobre las comprendidas en el anexo III de la propia Ley 2/2004.*

*Por lo que hace a la denuncia específica de vulneración del art. 58.2 LBRL, conforme al cual las Administraciones competentes en materia de aprobación de planes “deberán otorgar a las restantes algún tipo de participación que permita armonizar los intereses públicos afectados”, baste recordar que, conforme este Tribunal tiene dicho en las SSTC 159/2001, FJ 12, y 51/2004, de 13 de abril, FJ 10, “ni de la Constitución ni de aquellos preceptos de la legislación estatal (LBRL) que integran*

*el bloque de la constitucionalidad se deduce cuál deba ser la intensidad o la medida concreta de las competencias que respecto de (determinados planes) deba atribuirse en la legislación autonómica sectorial a los entes locales (redacción inicial o fase preparatoria, audiencia previa, informe vinculante o no, participación en organismos mixtos, etc.)". En la STC 159/2001 se consideró que la limitación de la intervención municipal exclusivamente a la fase de aprobación inicial de instrumentos de planeamiento urbanístico "es, a priori, compatible con el mínimo exigido a la legislación sectorial por el principio de autonomía local, porque, como ya hemos precisado, a lo que obliga esta es a que existan competencias municipales relevantes y reconocibles en la ordenación y en el planeamiento urbanístico, y la norma cuestionada sigue atribuyendo a los ayuntamientos competencias esenciales en relación con el planeamiento, concretamente en sus dos primeras fases de aprobación inicial y provisional. Ni la norma autonómica directamente cuestionada (art. 50 del Decreto Legislativo 1/1990) ni tampoco los preceptos que refundió (singularmente la Ley 3/1984, por remisión al Decreto de 11 de octubre de 1978) atentan contra la autonomía local en la medida en que, respetando otras facultades municipales de intervención, no eliminan toda participación de los ayuntamientos en el proceso de elaboración y aprobación del planeamiento derivado" (ibídem). Por su parte, en la STC 51/2004, se concluyó que el hecho de que la competencia de iniciativa para la modificación del Plan General Metropolitano de Barcelona esté atribuida a la Comisión de Urbanismo de Barcelona "cuando dicha modificación exceda del ámbito de los intereses cuya gestión corresponde a un municipio o a una comarca, no significa que estas entidades locales carezcan de posibilidades de participación en el procedimiento de aprobación de la modificación del planeamiento general metropolitano correspondiente. Por el contrario, en estos supuestos deberá aplicarse lo dispuesto en el art. 59.1 del texto refundido catalán que, tras regular la fase de información pública durante un mes que sigue a la aprobación inicial del plan urbanístico de que se trate, dispone que 'si el plan no hubiera sido redactado por el ayuntamiento respectivo, se abrirá otro período de igual duración para dar audiencia a las corporaciones locales a cuyo territorio afecte'." (loc. cit.). No se trata, por tanto, de valorar en qué medida la participación reconocida a las entidades locales en los procedimientos previstos por el legislador autonómico para el desarrollo de las actuaciones integrales estratégicas satisfaga un hipotético "óptimo constitucional" (STC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 10) en cuanto a la intervención municipal en asuntos que conciernan a la comunidad*

*local, sino de examinar hasta qué punto, y a la vista de los intereses supramunicipales concurrentes, el legislador autonómico ha respetado ese mínimo que impone la proclamación constitucional de la autonomía local. Un respeto que, en el juicio global que ahora nos corresponde efectuar, podemos entender satisfecho habida cuenta de que, como ya hemos indicado, en principio, los preceptos controvertidos hacen referencia a la intervención municipal en el desarrollo de las actuaciones integrales estratégicas comprendidas en el anexo III (con la cartografía que figura en el anexo I) de la Ley, respecto de las cuales el legislador autonómico ya ha llevado a cabo una función de delimitación correspondiente a la concurrencia de intereses supramunicipales.*

[...]

12. *En el escrito rector de este proceso constitucional se contiene una “fundamentación jurídica del recurso de inconstitucionalidad respecto de cada uno de los preceptos de la Ley de Cantabria 2/2004, de 27 de septiembre, reputados inconstitucionales”, fundamentación que se abre con la enunciación de unos “fundamentos jurídicos generales” relativos al principio de legalidad (arts. 9.3 y 103 CE), la conexión de la autonomía local con el urbanismo (arts. 137, 140 y 149.1.18 CE) y las competencias estatales sobre condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), la fijación de las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (art. 149.1.8 CE) y las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE).*

*El primero de los preceptos de la Ley del Parlamento de Cantabria 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de Ordenación del Litoral, es el art. 3, rubricado “Procedimiento para la actualización del ámbito”. Más concretamente, se controvierte el inciso final de su apartado primero.*

*Dispone el art. 3.1 de la Ley controvertida lo siguiente:*

*“Si en la adaptación del planeamiento urbanístico a esta Ley se advirtiera que existen suelos indebidamente excluidos de su ámbito de aplicación, la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo propondrá su inclusión y zonificación conforme a los criterios de la presente Ley.*

*Dicha propuesta será sometida simultáneamente a información pública y audiencia singularizada a la Administración General del Estado y al ayuntamiento interesado por plazo de un mes.*

*Transcurrido dicho plazo, se emitirá informe por la Dirección General competente en materia de ordenación del territorio y, previo acuerdo de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo, el*

*consejero competente lo elevará al Consejo de Gobierno para su aprobación mediante Decreto.*

*La tramitación de este procedimiento suspenderá el plazo para aprobar definitivamente el instrumento de planeamiento”.*

*Para los recurrentes, la suspensión sin término definido de la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento urbanístico vulnera la autonomía municipal, pues representa una intervención excesiva e innecesaria al proyectarse sobre zonas del Plan que no son objeto de actualización y hacerse sin precisarse el plazo de dicha suspensión. Por el contrario, para la representación letrada del Gobierno de Cantabria estamos ante una previsión normativa plenamente coherente con lo establecido en el art. 72 de la Ley de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria —conforme al cual, “cuando las objeciones a la aprobación definitiva del Plan general afecten a zonas o determinaciones tan concretas que, prescindiendo de ellas, el Plan se pueda aplicar con coherencia, este se aprobará definitivamente salvo en la parte objeto de reparos, que quedará en suspenso hasta su rectificación en los términos precisados por la resolución aprobatoria”—.*

*Debemos llamar la atención acerca de la existencia, por encima de las discrepancias que puedan mantener las partes que han alegado en relación con la constitucionalidad del precepto legal que ahora nos ocupa, de una coincidencia esencial en punto a la posibilidad de interpretar el inciso final del art. 3.1 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral como una concreción de la regla general plasmada en la primera frase del art. 72 de la Ley de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria reproducida en el párrafo anterior. Esa coincidencia permite concluir que el precepto cuestionado de la Ley territorial 2/2004 no abre la puerta a una intervención desproporcionada en el procedimiento de actualización del ámbito de los instrumentos de planeamiento municipal sino que establece una especificación por razón de la materia de la regla general del art. 72 de la Ley 2/2001: los efectos suspensivos de ambos preceptos legales se proyectan exclusivamente sobre la fase final de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, la aprobación definitiva y ninguno de ellos establece un término para esa suspensión, supeditándose en ambos casos a la subsanación del vicio de incoherencia que impide la plena aprobación definitiva del instrumento de planeamiento. No puede motejarse de desproporcionada una previsión como la que nos ocupa, con la que se busca preservar la coherencia —en este caso territorial— de los instrumentos de planeamiento urbanístico*

*y de su adaptación a las exigencias dimanantes de otros planes jerárquicamente supraordenados.*

*Contemplado el inciso final del art. 3.1 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral como una especificación de la regla general establecida por el art. 72 de la Ley de ordenación territorial y de régimen urbanístico del suelo de Cantabria, decae la denuncia de falta de proporcionalidad, pues aquel se limita a introducir un nuevo supuesto de suspensión de la aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento cuando dicha aprobación pudiera quebrar la coherencia territorial —por exclusión indebida de suelos del ámbito de aplicación del instrumento de planeamiento— del Plan y en la medida estrictamente precisa para salvaguardar esa coherencia territorial. De suerte que, de acuerdo con lo establecido en la regla general, la suspensión únicamente comprenderá las partes del planeamiento aquejadas por la exclusión indebida de su ámbito territorial de determinados espacios, en línea con lo previsto en el art. 72 de la Ley 2/2001. Sin que, por otra parte, lo dicho implique en modo alguno erigir a este último precepto de la Ley de ordenación territorial en canon de validez del inciso final del art. 3.1 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral sino, única y exclusivamente, poner de manifiesto la existencia de un criterio general en la legislación autonómica cántabra al que es posible reconducir el precepto legal cuya validez controvierten los actores en este proceso constitucional; criterio general coincidente con aquella vertiente del principio de proporcionalidad que entienden aplicable al presente caso.*

*Lo expuesto conduce derechamente a la desestimación de la impugnación del inciso final del art. 3.1 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral.*

*13. Se impugnan igualmente el primer apartado del art. 9, rubricado “Área de ordenación”, y el art. 10, titulado “Capacidad de carga”.*

*a) El primero de estos preceptos legales establece la siguiente zonificación del área litoral:*

*“Área Litoral: Comprende el territorio de los municipios costeros que determina una franja entre el Área de Protección y los relieves que delimitan el área de influencia marina, así como los territorios asociados a la dinámica litoral y a la presencia del mar y de las rías.*

*El modelo de ordenación en el Área Litoral se zonifica, en función de su capacidad de carga, con el fin de compatibilizar las necesidades del desarrollo económico y social, la protección ambiental y la preservación de las áreas que presentan riesgos o que no reúnen las condiciones ne-*

cesarias para la ocupación, en las siguientes categorías que tienen su representación gráfica en el Anexo I:

a) *Área Periurbana (AP)*: se corresponde con los sectores o áreas periféricas de los núcleos ubicados en el entorno de las autovías y de la Bahía de Santander; sometidos a procesos de transformación territorial por la implantación de nuevos usos que han podido modificar su estructura territorial.

b) *Área de Modelo Tradicional (MT)*: se corresponde con los espacios de organización tradicional, normalmente libres de edificación, constituidos por las mieses inmediatas a los núcleos, generalmente ocupados por cultivos y diversos elementos delimitadores de las mismas, vegetales o inertes, y los terrazgos de monte, dedicados a pradería y labrantío, de significado valor agrario y ambiental.

c) *Área de Ordenación Ecológico Forestal (OEF)*: comprende los sistemas forestales o espacios ocupados por vegetación arbustiva de matorral o arbórea diferente a la relacionada en el artículo 8.1.d), en los que los usos de producción pueden compatibilizarse con la protección”.

Para los actores, este precepto legal lleva a cabo una zonificación de la denominada “área litoral” en función de un criterio, como es el de capacidad de carga, en cuya definición —contenida en el art. 10 de la propia Ley recurrida— no se aprecia con claridad la concurrencia de intereses supramunicipales que justifiquen el fuerte grado de vinculación impuesto a los planificadores municipales. Por el contrario, este límite no actúa frente al Gobierno autonómico que, conforme a lo establecido en el art. 51.3 y en la disposición adicional cuarta de la Ley controvertida, puede actuar al margen del mismo. Las denuncias alzadas contra el art. 9.1 se proyectan sobre el anexo I de la Ley, donde encontraría concreción territorial el criterio recogido en este precepto legal.

En cuanto al art. 10 de la Ley recurrida —donde se define la capacidad de carga como “la aptitud de un área determinada para soportar un nivel de intensidad de usos, sin que produzca un proceso de deterioro ambiental, social o cultural”—, entienden los actores que “permite un control del planeamiento municipal en la fase de aprobación definitiva de forma discrecional” e incompatible con la autonomía local constitucionalmente garantizada a los municipios. Concretamente, apuntan que toda decisión del planificador municipal implica insoslayablemente una modificación de la realidad preexistente, es decir, un deterioro ambiental, social o cultural. Se abre así la puerta a un auténtico control genérico o indeterminado contrario a la doctrina sentada por la STC 4/1981, de 2 de febrero, pues una noción tan abierta como la de capacidad de

*carga permite valorar la oportunidad de las decisiones que pueda adoptar el planificador municipal.*

*Al respecto, sostiene la letrada del Gobierno de Cantabria que la zonificación controvertida trae causa de lo establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2001, sin que el criterio empleado para ello en la Ley del Plan de Ordenación del Litoral resulte arbitrario ni contrario a la autonomía local al dar preponderancia al interés supramunicipal concurrente en la protección del medio ambiente y la ordenación racional de los recursos naturales. La zonificación contenida en la Ley enmarca el ámbito en el que habrá de moverse el planificador local, lo que no representa vaciamiento alguno de las competencias urbanísticas locales sino prevalencia del interés supramunicipal que, siempre en opinión de la representación letrada del Gobierno autonómico, hallaría adecuado reflejo en el art. 20 de la entonces vigente Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, rubricado “Derechos de los propietarios de suelo no urbanizable”. Por lo que respecta al art. 10, en él se define la noción “capacidad de carga” —en coherencia con la libertad de que goza el legislador sectorialmente competente para establecer los medios a través de los cuales se asegure de que los planificadores municipales salvaguarden los valores ambientales y culturales del territorio—.*

*b) Convencionalmente, puede afirmarse que el concepto “capacidad de carga” —traducción literal del término inglés carrying capacity— hace referencia a la tolerancia del territorio para acoger usos del suelo sin que se produzcan deterioros en el medio que superen los límites aceptables. Bien puede decirse que esta definición se corresponde con la recogida en el art. 10 de la Ley del Parlamento de Cantabria ahora impugnada, en la medida en que sitúa el umbral de tolerancia en el punto que represente un deterioro, o degradación, “ambiental, social o cultural” del ámbito territorial afectado.*

*Atendiendo a su coincidencia esencial con la definición acuñada en el ámbito científico, en principio, la definición que de “capacidad de carga” se contiene en el art. 10 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral no puede merecer reproche alguno de invalidez. El legislador competente en materia de ordenación territorial y urbanismo, en este caso el legislador autonómico cántabro, ha empleado un concepto típicamente urbanístico útil para la definición del modelo territorial que adopta. Bien entendido que ese concepto opera de diferente modo según se proyecte sobre el área litoral, en cuyo caso resulta de directa aplicación la zonificación contenida en el art. 9.1 de la Ley, o sobre el área no litoral,*

*en la que se remite a los planes generales de ordenación urbana la determinación “conforme a los criterios establecidos en la presente Ley, [de] las distintas áreas en función de su capacidad de carga” (art. 50). Esta distinta incidencia del concepto según el área territorial de que se trate es coherente con la concurrencia de unos intereses supramunicipales predominantes en el área litoral, que son precisamente aquellos que legitiman la aprobación de un plan de ordenación del litoral equiparado a todos los efectos al Plan Regional de Ordenación Territorial (apartado primero de la disposición adicional cuarta de la Ley de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria), que se concretan en la “atención a las peculiaridades y especial singularidad de la zona costera, y con la finalidad de una protección efectiva e integral de la misma” (loc. cit.). En el área no litoral el protagonismo de los planificadores municipales es más acusado, precisamente porque, según se indica en el art. 9.2 de la Ley, comprende el territorio de los 37 municipios costeros “no afectado por fenómenos físicos relacionados con la dinámica litoral”, que es justamente uno de los conceptos que determinan la integración del territorio en el área litoral conforme a lo dispuesto en el art. 9.1 de la Ley recurrida ya que, de acuerdo con este precepto legal, dicha área está compuesta por el territorio de los municipios costeros comprendido entre el área de protección y los relieves que delimitan el área de influencia marina, así como los territorios asociados a la dinámica litoral y a la presencia del mar y de las rías.*

*Contemplada desde otro punto de vista, la diferente virtualidad del concepto “capacidad de carga” resultante, en lo que ahora estrictamente interesa, de la lectura conjunta de los art. 10 y 50 de la Ley autonómica impugnada permite descartar que nos hallemos ante un instrumento diseñado para el ejercicio de “controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras entidades territoriales”, que fue justamente aquello que la invocada STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3, declaró contrario al principio de autonomía. Por más que al definir la noción de “capacidad de carga” se empleen conceptos jurídicos indeterminados, como indudablemente hace el art. 10 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral, este solo hecho no la torna contraria a la Constitución por infracción del principio de autonomía municipal, habida cuenta de que puede entenderse satisfecho el requisito de certidumbre de la norma en atención a las singulares características que concurren en el universo de destinatarios de la misma, aquellos que intervienen en el ejercicio de la potestad pública de pla-*

*neamiento y que bien puede decirse que están habituados al empleo de conceptos dotados de un elevado grado de indeterminación o apertura. El margen de intervención de los planificadores municipales en el cierre de este concepto indeterminado que nos ocupa es diferente en las áreas litoral y no litoral por el distinto peso de los intereses supramunicipales en uno y otro supuesto. Si bien en ambas áreas el riesgo de degradación debe estar acreditado (exigencia que expresamente recoge el art. 50 in fine), en el área litoral ha sido el propio legislador autonómico quien ha llevado a cabo la valoración de la existencia de ese riesgo, valoración que se plasma en la cartografía recogida en el anexo I de la Ley, por lo que dicho anexo no puede reputarse contrario a la Constitución sino expresión gráfica de la concurrencia de un requisito introducido por el propio legislador autonómico. En cuanto tal, el anexo I coadyuva a la realización del principio de seguridad de la norma jurídica, pues permite conocer en cada caso la valoración del riesgo de deterioro realizada por el legislador.*

*Sin perjuicio de dejar para más adelante el examen del art. 51.3 y su eventual inconstitucionalidad por exonerar al Gobierno autonómico de satisfacer los requisitos que dimanan del concepto de capacidad de carga, lo expuesto permite rechazar la impugnación del art. 9.1 de la Ley territorial, pues de su lectura conjunta con el anexo I de la Ley, postulada con acierto por los propios recurrentes, se deduce la concurrencia de esos intereses supramunicipales que se niega de contrario, lo que justifica la acentuada intervención autonómica en la ordenación territorial y urbanística de los municipios costeros. Una atenta lectura de los tres supuestos (área periurbana, área de modelo tradicional y área de ordenación ecológico forestal) que figuran en el art. 9.1 de la Ley permite advertir la constante preocupación por la protección de los valores ambientales y ecológicos de los terrenos situados en el área litoral, unos valores que trascienden, con toda evidencia, la estricta esfera de lo municipal y que legitiman la intervención autonómica, supeditada siempre, claro está, al control de legalidad que puedan realizar jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.*

*[...]*

*18. Los actores impugnan total o parcialmente todos los artículos que componen el título IV, rubricado “Actuaciones integrales estratégicas” (arts. 51 a 57).*

*a) Del art. 51 impugnan específicamente sus apartados 3 y 4 en cuanto convierten a los municipios en instrumentos de las políticas sectoriales de la Comunidad Autónoma, en detrimento del principio de coordinación*

*administrativa. Los recurrentes subrayan que el interés autonómico en el desarrollo de la actividad es algo bien distinto de la relevancia supramunicipal del proyecto, único concepto que justificaría la prevalencia autonómica y centran sus discrepancias en los incisos “y con independencia de la clasificación urbanística”, que figura en los apartados 3 y 4 del art. 51 de la Ley autonómica y “en cuyo caso sus determinaciones prevalecerán sobre las de este Plan” del art. 51.3. A este último inciso se le reprocha la vulneración del principio de jerarquía normativa al situar los proyectos singulares de interés regional —aprobados por el Gobierno autonómico— por encima de la propia Ley del Plan de Ordenación del Litoral, lo que no solo altera el sistema de fuentes sino que, además, representa una auténtica reserva de dispensación en favor del Gobierno de Cantabria, quien podrá sustraerse a los mandatos del planeamiento territorial contenida en la Ley autonómica 2/2004.*

*La representación letrada del Gobierno de Cantabria defiende la necesidad de leer el art. 51.3 y 4 de la Ley desde la dualidad de actuaciones integrales estratégicas previstas por el propio legislador: las delimitadas gráficamente en los anexos I y III (a las que se refiere el art. 51.1) y aquellas otras que ulteriormente pueda llevar a cabo el Gobierno autonómico a través de los correspondientes proyectos singulares de interés regional y añade que “el legislador ha querido que los criterios de ordenación sean exclusivamente aplicables a los planeamientos urbanísticos y no a otros instrumentos de ordenación territorial que por su interés supramunicipal gozan de su particular régimen jurídico”. De modo que es la propia Ley la que ha dispuesto que los proyectos singulares no tienen por qué respetar las directrices de ordenación, por lo que no hay reserva de dispensación sino una regulación normativa específica para sectores distintos de los afectados por el título III de la Ley.*

*De acuerdo con el art. 51.3, “excepto en las categorías de protección ambiental, y con independencia de la clasificación urbanística, el Gobierno podrá aprobar proyectos singulares de interés regional para llevar a cabo otras actuaciones integrales estratégicas de carácter turístico, deportivo, cultural o residencial para viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, en cuyo caso, sus determinaciones prevalecerán sobre las de este Plan, respetando en todo caso las limitaciones de uso del Área de Protección”. Por su parte, el art. 51.4 dispone lo siguiente: “Para la restauración o recuperación de espacios de singular valor ambiental y con independencia de la clasificación urbanística de los suelos se podrán aprobar proyectos singulares de interés regional en todo el ámbito de aplicación de esta Ley”.*

*En cuanto al art. 51.3, hemos de dar la razón a los recurrentes cuando denuncian que habilita al Ejecutivo autonómico no solo a prescindir de la clasificación urbanística del suelo en el diseño y ejecución de sus políticas sectoriales con incidencia territorial sino incluso a prescindir de las determinaciones aparentemente vinculantes de la propia Ley habilitante. Lo primero supone un debilitamiento del principio de autonomía municipal carente de razón suficiente, lo que representa una quiebra injustificada del principio de autonomía, “que es uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución”, según dijimos en las SSTC 4/1981, FJ 3; y 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 13 c). Lo segundo trastoca el sistema de fuentes y, muy particularmente, el principio de primacía de la Ley, postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE), como advirtiera este Tribunal en la STC 34/1995, de 6 de febrero, FJ 3. El precepto legal permite que el Ejecutivo autonómico haga uso de esta posibilidad “para llevar a cabo otras actuaciones integrales estratégicas de carácter turístico, deportivo, cultural o residencial para viviendas sometidas a algún régimen de protección pública”, lo que abre la puerta a una amplia panoplia de excepciones a las determinaciones establecidas por el propio legislador.*

*Por consiguiente, debemos estimar el recurso en este punto y declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos “en cuyo caso sus determinaciones prevalecerán sobre las de este Plan” así como “y con independencia de la clasificación urbanística” del art. 51.3, conclusión que, sin embargo, no podemos extender a este mismo inciso en cuanto se contiene en el art. 51.4. En este precepto legal se identifica un claro interés supramunicipal que legitima la acción de la Comunidad Autónoma: la restauración o recuperación de espacios de singular valor ambiental, lo que —por comparación con el art. 51.3— limita notablemente la indeterminación de los supuestos legitimadores de la intervención autonómica.*

*A diferencia de los proyectos de interés regional a que se refiere el art. 51.3, que tienen por objeto la transformación física del suelo para conseguir determinadas finalidades, en las que el interés supramunicipal que las legitima no puede autorizar su establecimiento con independencia de las previsiones del propio ayuntamiento del municipio en que van a asentarse sobre el modo en que su territorio puede ser transformado, los proyectos de interés regional reconocidos en el art. 51.4 tienen como finalidad la restauración o recuperación de espacios de singular valor ambiental; es por ello condición misma para su efectividad que puedan imponerse a clasificaciones urbanísticas que prevean la transformación*

*del suelo en algún modo incompatible con esos valores ambientales que los planes singulares de interés regional se proponen restaurar o recuperar.*

*b) Impugnan los recurrentes el art. 52 en cuanto que obliga a adaptar el planeamiento urbanístico municipal a los proyectos singulares de interés regional aunque estos no revistan relevancia supramunicipal; este extremo es rechazado por la representación letrada del Gobierno de Cantabria, que defiende la concurrencia de ese interés supramunicipal en los supuestos a los que resulta de aplicación el precepto legal controvertido.*

*De acuerdo con el art. 52 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral, “los municipios deberán recoger las determinaciones de los planes y proyectos aprobados en desarrollo de las actuaciones integrales estratégicas en la primera modificación o revisión del planeamiento urbanístico. Si en ese momento se constatará la existencia de terrenos sobrantes, no incluidos en los planes o proyectos, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 3 para su adecuada zonificación”. Salvado el principio de jerarquía normativa con la anulación de los incisos del art. 51.3 examinados en el apartado anterior de este mismo fundamento jurídico, no padece la autonomía local por el hecho de que la Ley prevea la adaptación de los instrumentos municipales de planeamiento urbanístico a las determinaciones contenidas en otros planes supraordenados. En el bien entendido que esa obligación de adaptación hace referencia a las determinaciones establecidas por la Comunidad Autónoma en el legítimo ejercicio de sus competencias, sin que la eventualidad de un uso desviado de la norma pueda servir de fundamento para su anulación, pues, como dijera la STC 58/1982, de 27 de julio, FJ 2, “la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de estas, pues aunque el Estado de Derecho tiende hacia la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso” (en idénticos términos, SSTC 132/1989, de 18 de julio, FJ 14; y 40/1998, FJ 21).*

*c) Los actores impugnan el art. 53 de la Ley (“Hasta la aprobación de los instrumentos de desarrollo de las actuaciones integrales estratégicas únicamente se permite el mantenimiento de los usos existentes y la implantación de usos compatibles con los objetivos de la actuación, según las determinaciones del Anexo III”) reiterando los argumentos esgrimidos frente a la regulación legal de las actuaciones integrales es-*

*tratégicas. Además, le reprochan a este precepto legal que genera incertidumbre respecto de las actividades que pueden desarrollarse en las áreas de actuaciones integrales estratégicas. El rechazo de los motivos de inconstitucionalidad dirigidos contra la regulación general de las actuaciones integrales estratégicas debe conducir ahora a la desestimación de la impugnación específica de uno de los preceptos legales que integran dicha regulación general. De igual modo, debemos convenir en que la supeditación de la aprobación de nuevas actividades a su compatibilidad con los objetivos de las actuaciones integrales estratégicas, según resultan de las determinaciones contenidas en el anexo III de la propia Ley responde al propósito de salvaguardar la eficacia del planeamiento territorial supramunicipal, sin que la incertidumbre que pueda generarse resulte excesiva o desproporcionada porque impida el conocimiento de la normativa aplicable o haga imprevisible la actuación de los poderes públicos llamados a aplicar la norma (en términos equivalentes a lo que hemos afirmado respecto de las vertientes objetiva y subjetiva del principio de seguridad jurídica proclamado por el art. 9.3 CE; al respecto, por todas, STC 54/2008, de 14 de abril, FJ 4).*

*d) Bajo la rúbrica “Régimen jurídico”, referido al de las actuaciones integrales estratégicas productivas, dispone el art. 54 de la Ley lo siguiente:*

*“El desarrollo de estas actuaciones integrales estratégicas se llevará a cabo a través de uno o varios proyectos singulares de interés regional, con las siguientes particularidades:*

*a) En los terrenos donde se localicen, y con independencia de su clasificación urbanística, podrán tramitarse proyectos singulares de interés regional de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, y con el contenido regulado en el artículo 27 del mismo texto legal. El Proyecto Singular de Interés Regional incluirá además las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación que resulten necesarias.*

*b) Su delimitación lleva implícita la declaración de interés regional del artículo 28 de la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio”.*

*Para los actores “es absolutamente evidente” la necesidad de someter a evaluación de impacto ambiental la transformación del uso del suelo que implica la eliminación de la cubierta vegetal arbustiva en una superficie de más de cien hectáreas. Sostienen, además, que la vulneración de la autonomía municipal “también resulta especialmente clara” en la medida en que el precepto introduce una reserva en favor de la Comunidad Autónoma para actuar sobre los terrenos delimitados como actuación*

*estratégica sin un plazo definido y sin precisar el concreto proyecto de relevancia supramunicipal que ha de llevarse a cabo; además, permite la derogación del Plan urbanístico por el proyecto singular de interés regional. En particular, impugnan el inciso “y con independencia de su clasificación urbanística” del art. 54 a), que permite al Gobierno de Cantabria la ubicación de este tipo de proyectos incluso en suelo no urbanizable de especial protección. También impugnan el art. 54 b) puesto que la delimitación lleva implícita la declaración de interés regional, sin necesidad siquiera de que exista un proyecto concreto al que pueda cuadrar esa declaración.*

*Para dar adecuada respuesta a la impugnación del art. 54 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral debemos comenzar señalando que toda vez que este precepto dispone que el desarrollo de las actuaciones integrales estratégicas productivas se llevará a cabo mediante la elaboración y aprobación de uno o varios proyectos singulares de interés regional, serán estos proyectos singulares los que habrán de someterse, en su caso, a evaluación ambiental. Tanto más cuanto que la exclusión de esta evaluación no figura entre las “particularidades” referenciadas en el propio art. 54 de la Ley recurrida.*

*Tampoco se aprecia vulneración del principio de autonomía local desde el momento en que el ámbito territorial de aplicación del precepto se contrae a las cinco actuaciones integrales estratégicas productivas identificadas en el anexo III de la Ley. Por consiguiente, ha sido el propio legislador quien —actuando como instancia legítimamente competente para la identificación del interés supramunicipal— ha concretado el territorio y las actuaciones a los que se aplicará esta regulación excepcional. Es por ello que no puede prosperar en este caso la impugnación del inciso “y con independencia de su clasificación urbanística”, pues la delimitación de las actuaciones integrales estratégicas productivas conlleva, en coherencia con la virtualidad del principio de jerarquía normativa, que esa clasificación urbanística, contenida por definición en instrumentos de planeamiento urbanístico municipal, haya de ceder ante la decisión adoptada por el Parlamento de Cantabria. Otro tanto sucede con la atribución de interés regional a la delimitación, pues es consecuencia lógica del hecho de que esa delimitación la haya llevado a cabo el propio legislador regional.*

*e) El art. 55 de la Ley establece el régimen jurídico de las actuaciones integrales estratégicas de reordenación en los siguientes términos:*

*“1. En los ámbitos delimitados por esta Ley como actuaciones integrales estratégicas de reordenación podrán aprobarse uno o varios planes es-*

*peciales o bien desarrollarse a través de proyectos singulares de interés regional con las particularidades establecidas en el artículo 54 de esta Ley.*

*2. Lo establecido en el artículo 53 no será de aplicación a los espacios delimitados gráficamente como áreas de reordenación en el Anexo III en los que únicamente se podrán mantener los usos existentes, así como obtener a través de los distintos procedimientos establecidos en la legislación urbanística los suelos destinados a sistemas generales de espacios libres o de equipamientos deportivos descubiertos”.*

*En puridad, se alzan contra este precepto legal los mismos motivos impugnatorios que ya hemos analizado en relación con el art. 54, siendo trasladables a este las conclusiones alcanzadas en el enjuiciamiento de aquel. En primer lugar, porque el art. 55.1 se limita a extender a la elaboración de los proyectos singulares de interés regional o los planes especiales de desarrollo de las actuaciones integrales estratégicas de reordenación las peculiaridades procedimentales del art. 54, entre las que no figura la supresión de la evaluación ambiental. Además, el precepto es de aplicación a las tres actuaciones integrales estratégicas de reordenación que figuran en el anexo III de la Ley, en consonancia con la prevalencia aquí de un interés supramunicipal prevalente.*

*f) El art. 56 de la Ley se refiere a los planes especiales que se aprueben en los ámbitos delimitados como actuaciones integrales estratégicas de reordenación; por su parte, el art. 57 contiene el régimen jurídico de las actuaciones integrales estratégicas ambientales. A ambos imputan los recurrentes la infracción de la autonomía municipal porque no contemplan la intervención de los municipios en la elaboración de unos instrumentos de planeamiento cuya fuerza exorbitante llega al punto de desplazar a los planes generales municipales.*

*Tienen razón los recurrentes al señalar que ni el art. 56.1 ni el art. 57 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral prevén intervención alguna de los municipios en la tramitación de los planes especiales que puedan aprobarse en los ámbitos delimitados como actuaciones integrales estratégicas de reordenación o en las actuaciones integrales estratégicas ambientales. Ahora bien, esta ausencia no puede sorprender en exceso habida cuenta de que el art. 56.1 se refiere al contenido necesario de los planes especiales y el art. 57 al régimen jurídico de las actuaciones integrales estratégicas ambientales.*

*Estamos ante planes especiales de los regulados en los arts. 59.1 y 76.1 de la Ley de ordenación territorial y de régimen urbanístico del suelo de Cantabria. El segundo de dichos preceptos señala que la aprobación*

*de estos planes especiales corresponde al Gobierno autonómico, “siguiendo el procedimiento previsto para la aprobación de las Normas Urbanísticas Regionales en el artículo 23 de esta Ley”. Pues bien, en el apartado b) de ese art. 23, rubricado “Elaboración y aprobación”, se establece que, una vez redactadas las normas urbanísticas regionales por la Consejería competente, “serán trasladadas a la Comisión Regional de Urbanismo que las aprobará inicialmente y las someterá a información pública por un plazo no inferior a dos meses. Al mismo tiempo, la Comisión comunicará expresamente y dará audiencia singularizada a [...] los ayuntamientos interesados”. De modo que la lectura integrada de todas las disposiciones legales que disciplinan el procedimiento de elaboración de los planes especiales a los que se refiere el art. 56.1 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral pone de relieve que el legislador autonómico no ha prescindido de la participación municipal en un asunto de su competencia, como es la elaboración de instrumentos de planeamiento cuya incidencia sobre el planeamiento urbanístico municipal es obvia. Consecuentemente, no puede apreciarse infracción de la autonomía local constitucionalmente reconocida al ignorar por entero la competencia que en la materia ostentan estos entes locales, lo que determina la desestimación de este motivo del recurso.*

*Tampoco se aprecia tacha alguna de inconstitucionalidad en el art. 56.2, habida cuenta del protagonismo que en este precepto se reconoce a los planificadores urbanísticos municipales en la determinación de la incidencia que los planes especiales puedan tener sobre los instrumentos de planeamiento urbano.*

*[...]*

*20. En materia sancionadora se impugnan el art. 65 y el apartado segundo de la disposición transitoria octava. Conforme al primero de estos preceptos, “la competencia para la inspección y sanción de las infracciones que se cometan en el Área de protección corresponderá a la Administración que, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de esta Ley, sea competente para otorgar la autorización a que se refiere dicho precepto”. De acuerdo con el apartado segundo de la disposición transitoria octava, “en los municipios con planes no adaptados a la presente Ley, la competencia a la que se refiere el artículo 65 para la inspección y sanción de las infracciones que se cometan en el Área de Protección corresponderá en todo caso a la Administración autonómica”. Los actores impugnan el art. 65 por vulneración de la autonomía municipal en cuanto que atribuye el ejercicio de la potestad sancionadora a la Administración autonómica incluso en los supuestos en los que el*

*ilícito consista en la falta de licencia municipal o en la inobservancia de cualquier requisito establecido por el municipio, y el apartado segundo de la disposición transitoria octava porque la atribución a la Administración autonómica de la competencia para sancionar cualquier infracción cometida en el área afectada por el Plan de Ordenación del Litoral sería contraria a la autonomía municipal. La representación letrada del Gobierno de Cantabria defiende la constitucionalidad de estas previsiones legales porque versan sobre aspectos supramunicipales, si bien es cierto que cuando se trate de suelo clasificado ya adaptado a las previsiones de la Ley 2/2004, el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los entes locales.*

*Antes de dar respuesta al núcleo de la impugnación del art. 65 y el apartado segundo de la disposición transitoria octava de la Ley autonómica recurrida interesa señalar que lo establecido en el primero de estos preceptos ha de integrarse con el art. 27, al que expresamente remite. El art. 27 regula el procedimiento para los usos autorizables en el área de protección, y lo hace remitiéndose, a su vez, a las reglas contenidas en el art. 116 de la Ley de ordenación territorial y de régimen urbanístico del suelo de Cantabria, referido al “procedimiento para autorizar construcciones en suelo rústico”. De modo que tanto el art. 27 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral como el art. 116 de la Ley de ordenación territorial y de régimen urbanístico del suelo de Cantabria tienen como supuesto de hecho la realización de usos del suelo en terrenos rústicos o no urbanizables, donde se produce un entrecruzamiento, en el mejor de los casos, de intereses municipales y supramunicipales que explica la intervención de las instancias autonómicas y locales en los procedimientos de otorgamiento —en su caso, denegación— de las correspondientes autorizaciones. Esa misma concatenación de intereses municipales y supramunicipales se da en el área de protección y explica la regulación que de los procedimientos autorizatorios que incidan sobre ella se contiene en el art. 27 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral —cuyo apartado 1 b) hemos acomodado a las exigencias del bloque de constitucionalidad mediante una interpretación conforme llevada a la parte dispositiva de esta resolución— como también explica la remisión al régimen de autorizaciones de usos del suelo en terrenos que estén clasificados como rústicos.*

*Dicho esto, podemos descartar que concurra en el art. 65 de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral el vicio de inconstitucionalidad que le achacan los recurrentes. En rigor, estos denuncian la quiebra de la relación de instrumentalidad que la potestad sancionadora ha de guardar*

*con la potestad sustantiva a la que acompaña (por todas, y desde la perspectiva competencial, STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 20, y las resoluciones allí mencionadas). Ahora bien, esa ruptura no es tal desde el instante que se atribuye el ejercicio de la potestad sancionadora a quien ostenta la potestad de autorización de los usos del suelo; dicho de otro modo, se atribuye el ejercicio del poder de represión a quien es competente para comprobar la conformidad de esos usos con el planeamiento que rige el área de protección, apoderándose así a la Administración competente con todos los instrumentos necesarios para que desempeñe su función de garantía de los valores que concurren en el área de protección y que justifica el establecimiento de un régimen jurídico específico para la misma. No hay, por consiguiente, vaciamiento alguno de las competencias municipales en la materia, pues cuando corresponda al municipio el otorgamiento de la autorización administrativa, esto es, cuando ostente la condición de Administración de control, intervendrá también como Administración titular de la potestad sancionadora. Lo que determina la desestimación de este motivo del recurso.*

*La disposición transitoria octava consta de dos apartados. El primero de ellos establece que “los procedimientos sancionadores iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, de conformidad con las determinaciones del Decreto 60/1993, de 24 de agosto, por el que se regulan las autorizaciones de uso en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre y el procedimiento sancionador, seguirán tramitándose conforme al mismo” y el segundo precisa que “en los municipios con planes no adaptados a la presente Ley, la competencia a la que se refiere el artículo 65 para la inspección y sanción de las infracciones que se cometan en el Área de Protección corresponderá en todo caso a la Administración autonómica”.*

*Como puede observarse, la previsión del apartado segundo de esta disposición transitoria traslada, en todo caso, a la Administración autonómica el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones que se cometan en terrenos del área de protección ubicados en municipios cuyo planeamiento no se haya adaptado a la Ley del Plan de Ordenación del Litoral. De modo que la efectividad de esta previsión está sujeta a la condición resolutoria consistente en la efectiva adaptación del planeamiento urbanístico municipal a la Ley recurrida, momento a partir del cual se reintegrará al municipio en el disfrute pleno de sus potestades sancionadoras. Estamos, por consiguiente, ante una medida de indudable carácter transitorio pero de discutible naturaleza cautelar. En efecto, según constante doctrina de la Sala de lo Contencioso-Admi-*

*nistrativo del Tribunal Supremo, con la posibilidad —reconocida a los órganos competentes para la aprobación inicial de los instrumentos de planeamiento— de suspender la tramitación de otros planes y el otorgamiento de nuevas licencias y autorizaciones de actos que impliquen usos del suelo, se trata de evitar la realización de obras o la aprobación de reglas de ordenación urbanística del suelo que puedan resultar contrarias o incompatibles con el nuevo planeamiento proyectado. En particular, se intenta lograr la efectiva satisfacción de los intereses generales implicados en la actividad administrativa de ordenación urbanística del territorio, intereses cuyo logro podría frustrarse si se llevasen a cabo obras y actividades contrarias o incompatibles con el ya inminente nuevo planeamiento.*

*Sentado esto, no se acierta a ver qué riesgo para la adaptación del planeamiento urbanístico municipal a la Ley del Plan de Ordenación del Litoral se trata de prever con la regla contenida en el apartado segundo de la disposición transitoria octava de la Ley recurrida. El precepto traslada por entero al ámbito autonómico el ejercicio de la potestad sancionadora cuando se trate de infracciones cometidas en zonas del área de protección ubicadas en municipios con planes no adaptados a la Ley. De suerte que los municipios quedan enteramente desapoderados para ejercer las potestades que, en materia de disciplina urbanística les reconoce la legislación urbanística general, hasta tanto no lleven a cabo la adaptación de sus instrumentos de planeamiento a las disposiciones de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral. Dicho de otro modo, el precepto contiene un acicate —o un castigo, si se contempla desde su envés— para que los municipios actúen con presteza y diligencia en la adaptación de su planeamiento a la Ley del Plan de Ordenación del Litoral, pues solo a la conclusión de ese proceso se producirá la reversión íntegra de la potestad sancionadora de la que quedan temporalmente —bien que sin identificación precisa de un término— privados. Con independencia de la efectividad que una previsión de este tipo pueda tener en la consecución del objetivo perseguido (la adaptación del planeamiento municipal a la nueva Ley), lo cierto es que con ella no se evita la aparición de ningún riesgo para la efectividad de las determinaciones de la Ley y representa una privación absoluta del ejercicio de una potestad que la legislación urbanística reconoce a los municipios sin que, por las razones que se acaban de exponer, concurra un interés supramunicipal que lo justifique, por lo que debe declararse su inconstitucionalidad y nulidad.*

*21. A la disposición adicional cuarta, que modifica el art. 26 de la Ley de ordenación territorial y de régimen urbanístico del suelo de Canta-*

*bria, relativo a los proyectos singulares de interés regional, se le reprocha arbitrariedad y vulneración de la autonomía municipal. Respecto de lo primero, apuntan los recurrentes que se aprovecha la oportunidad para, a través de la reforma de la Ley 2/2001, ampliar el ámbito de aplicación de una figura originariamente diseñada solo para los 37 municipios litorales. Se da, además, la paradoja de que el propio texto legal reformado era el que establecía el ámbito de aplicación y el procedimiento de elaboración de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral que ahora la reforma. Con relación a lo segundo, se impone a los municipios un instrumento de planeamiento en cuya formulación no han intervenido, previéndose expresamente que incida sobre aspectos tan conectados con el interés municipal como la determinación de “viviendas sometidas a algún régimen de protección pública”; los recurrentes no discuten la referencia a las “instalaciones industriales”, siempre que quede vinculada al asentamiento en más de un término municipal o que trasciendan este marco por su incidencia económica, magnitud u otras características singulares.*

*Por su parte, la representación letrada del Gobierno autonómico defiende la idoneidad de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral para modificar la redacción de un precepto de la Ley de ordenación territorial y de régimen urbanístico del suelo de Cantabria, pues además de que aquella es una norma general de origen parlamentario, no guarda con esta una relación de subordinación jerárquica. En cuanto a la denuncia de infracción de la autonomía local por incluir como objeto de los proyectos singulares la “implantación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública” y extender su ámbito de aplicación al suelo urbano, la letrada autonómica hace hincapié en que la disposición controvertida se ha dictado en ejercicio de la competencia exclusiva autonómica sobre vivienda y con ella se trata de hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y la lucha contra la especulación, por lo que existe una clara conexión entre la modificación de la regulación de las actuaciones industriales y el interés supramunicipal, sin perjuicio del eventual control jurisdiccional de aquellas actuaciones. Declara finalmente, con respecto al desarrollo de proyectos singulares en suelo urbano, que no puede compartirse la consideración de esta clase de suelo como inmune a la intervención autonómica. Antes de dar respuesta a la impugnación de la modificación del art. 26 de la Ley de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria llevada a cabo por la disposición adicional cuarta de la Ley del Plan de Ordenación del Litoral, debemos señalar que este artículo de la Ley territorial 2/2001 ha sido objeto de posteriores reformas que, en todo*

*caso, no han incidido significativamente en los extremos controvertidos en este proceso constitucional.*

*Al respecto, debemos descartar, en primer lugar, que del hecho de que la Ley del Parlamento de Cantabria 2/2004 tenga por objeto específico la aprobación del Plan de Ordenación del Litoral no se sigue que no pueda regular ninguna otra materia sobre la que ostente competencias el legislador autonómico. Estamos ante una norma legal que ha sido aprobada tras seguirse la pertinente tramitación parlamentaria y que, como bien ha puesto de relieve la representación letrada del Gobierno de Cantabria, no se encuentra jerárquicamente subordinada a la Ley 2/2001, cuyo contenido puede ser modificado por la Ley del Plan de Ordenación del Litoral ahora controvertida.*

*Tampoco puede reprocharse a la reforma en cuestión que incorpore los proyectos singulares de interés regional a la panoplia de instrumentos de ordenación territorial disponibles en toda la Comunidad Autónoma de Cantabria. En particular, porque ni la figura es de suyo contraria al bloque de constitucionalidad, ni —supuesto que ello fuera de suyo causa de nulidad— su regulación legal —ahora contenida en el art. 26 de la Ley de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria— queda insoslayablemente ceñida al territorio de los 37 municipios costeros afectados por el Plan de Ordenación del Litoral.*

*En cuanto al procedimiento de elaboración y aprobación de los proyectos singulares de interés regional, debemos llamar la atención sobre el hecho de que el precepto que se recurre se limita a indicar en el inciso final de su apartado segundo que “podrán promoverse y desarrollarse por la iniciativa pública o privada”, sin que de esta afirmación pueda inferirse la exclusión de toda participación municipal en el proceso de aprobación de los concretos proyectos singulares de interés regional, toda vez que el procedimiento para su aprobación se regula en el art. 29 de dicha Ley, en cuyo apartado 3 se prevé la audiencia de los municipios afectados, tras la aprobación inicial del proyecto.*

*Finalmente, la utilización de este instrumento de ordenación territorial para la “implantación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública” responde a un legítimo interés supramunicipal. Debemos remitirnos en este punto a lo señalado en el fundamento jurídico 16 b), con cita de la STC 207/1999, respecto del contenido de la competencia autonómica en materia de vivienda. Interés que también concurre en la posibilidad de ubicar esas viviendas en suelo urbano, pues, como bien ha apuntado la representación letrada del Gobierno de Cantabria, esta categoría de suelo no puede constituir un límite al ejercicio de las com-*

*petencias autonómicas, en especial cuando por la propia naturaleza y contenido de estas deban incidir sobre el mismo.*

*Todo lo expuesto conduce a la desestimación del recurso en este punto.*

## 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 su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, 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 entrecorillado seguido del autor del libro y del título del mismo en cursiva, editorial, ciudad de edición, año, página/s.

*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, págs. 13-87.

- En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y página/s.

*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, febrero de 2012, págs. 9-21.

Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecorilladas.

- **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.



3 números al año



suscripciones

Última edición: junio 2014



**QDL  
Anual (3 números)  
+  
Anuario del  
Gobierno Local  
80 €**

**QDL  
Anual (3 números)  
38 €**

**Anuario del  
Gobierno Local  
55 €**

**Suscripciones a través de:**

Teléfono: 917 020 414  
Fax: 913 103 499  
Internet: [www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)

**\*IVA y gastos de envío a domicilio incluidos en cualquier modalidad de suscripción, salvo entregas fuera de España**

Datos de envío: (si los datos para la facturación son distintos, debe indicarlo). Por favor, rellene sus datos en letra mayúscula.

\*Nombre: ..... Profesión: .....  
\*Entidad: ..... \*CIF/NIF: .....  
\*Dirección: ..... \*Población: ..... \*Provincia: ..... \*C.P.: .....  
Mail: ..... \*Teléfono: ..... Fax: .....

Los campos señalados con un asterisco (\*) deberán ser cumplimentados obligatoriamente.

Deseo que me envíen a la dirección indicada:

- QDL - ANUAL (3 números)
- ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL
- QDL - ANUAL (3 números) + ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL

**Idioma de los QDL:**

- Castellano
- Catalán

Efectúo el pago por el procedimiento siguiente:

- TALÓN ADJUNTO NOMINATIVO A LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
- TRANSFERENCIA BANCARIA
- DOMICILIACIÓN BANCARIA MEDIANTE AUTORIZACIÓN QUE CUMPLIMIENTO ABAJO

Sr. director/del Banco/de la Caja: ..... Sucursal: ..... Localidad: .....

Autorizo a la Fundación Democracia y Gobierno Local para que cargue los recibos que ha de libramme, a partir de la fecha, en mi cuenta corriente/libreta.

Firma:

OBSERVACIONES:

Acepto que mis datos sean incluidos en un fichero automatizado confidencial para futuras comunicaciones de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Si deseo consultarlos, rectificarlos o cancelarlos, lo comunicaré a la Fundación Democracia y Gobierno Local, Rambla Catalunya, 126, 08008 Barcelona, según la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

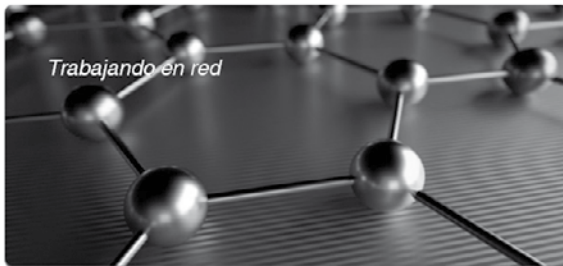
CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

[www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)



Inicio La Fundación ▾ Boletín Actividades ▾ Fundación Digital ▾ Publicaciones ▾ Actualidad



**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-colequio, 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.asp](http://malaga.es/buscar/home.asp)... #reformagobiernolocal  
about 1 hour ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Los diputados provinciales renuncian a su paga extra de Navidad. [ehortedecastilla.es](http://ehortedecastilla.es)  
[ehortedecastilla.es/20120925/focal...](http://ehortedecastilla.es/20120925/focal...) via @nortecastilla  
2 days ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Fundación Democracia y Gobierno Local [gobiernolocal.org/actualidad/foc...](http://gobiernolocal.org/actualidad/foc...)  
3 days ago · reply · retweet · favorite



Join the conversation

Suscríbete a nuestro Boletín digital





# QDL38SUMARIO

## Estudios

- 12 La gestión urbanística por las sociedades municipales · JUAN ALEMANY GARCÍAS
- 36 La potestad administrativa y los mecanismos de protección del medio ambiente · JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO
- 81 Las centrales de contratación provinciales · JESÚS COLÁS TENAS
- 116 Crónica del desembarco y conquista del régimen de intervención de la Directiva de Servicios en el derecho urbanístico español · SERGIO MONTESERIN HEREDIA
- Ponencias, crónicas y notas**
- 152 Els drets reals en l'ordenament jurídic català: anàlisi de la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, relativa al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya · JOAN MANEL ABRIL CAMPOY
- 181 La Ley de Transparencia y sus efectos sobre las entidades locales · FERNANDO GARCÍA RUBIO
- 230 Els delictes de tràfic d'influències · ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ
- 238 La "funcionarización" de laborales indefinidos no fijos de plantilla. Una posible solución en el ámbito local · MARCOS PEÑA MOLINA
- 253 Observaciones en relación con el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística de Cataluña, aprobado por el Decreto 64/2014, de 13 de mayo · MANUEL TÁBOAS BENTANACHS
- Jurisprudencia**
- 282 Crónica de jurisprudencia (de 11 de marzo a 10 de junio de 2015) · ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

