QDL46

Febrero de 2018 · Cuadernos de Derecho Local

Número especial

MEDIO AMBIENTE

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

QDL46

Febrero de 2018 · Cuadernos de Derecho Local

Número especial

MEDIO AMBIENTE

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=21551)

DICE (http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1696-0955)

DIALNET (https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3400)

Edición

© Fundación Democracia y Gobierno Local

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Velázquez, 90, 4.º - 28006 Madrid

Producción

Dagaz Gráfica, s.l.u.

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*) 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*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Luciano Parejo Alfonso, *U. Carlos III*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

Consejo de Redacción

Presidente: Ramon Camp i Batalla, *Fundación Democracia y Gobierno Local*
Director: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*
Secretario: Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*
Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado 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 Mahíllo García, *Diputación de Barcelona*

QDL46

ESTUDIOS SOBRE MEDIO AMBIENTE*

I. Desarrollo urbano sostenible

14 La construcción del ordenamiento ambiental español
FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

32 Desarrollo urbano sostenible: ¿Actuar localmente sin cambio global?
ALBA NOGUEIRA LÓPEZ

II. Protección del medio ambiente y competencias municipales

68 Las competencias medioambientales de los entes locales tras la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
PILAR NAVARRO RODRÍGUEZ

III. Gestión municipal de residuos

104 La gestión municipal de residuos en el marco del régimen de responsabilidad ampliada del productor del producto
RUBÉN SERRANO LOZANO

127 El régimen local ante los retos jurídicos de la economía circular
RENÉ JAVIER SANTAMARÍA ARINAS

* Los siguientes trabajos traen causa de las ponencias presentadas por sus autores en el marco del **III Fórum local sobre Medio ambiente**, organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local y la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA), en colaboración de la Diputación de Granada y el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI), bajo la dirección de los profesores Fernando López Ramón y José Esteve Pardo, y celebrado en la sede del CEMCI (Granada) durante los días 1 y 2 de junio de 2017.

Sumario

IV. La lucha contra la contaminación y el cambio climático

Estrategias ante los riesgos del cambio climático. Del Protocolo de Kioto a los Acuerdos de París 158
JOSÉ ESTEVE PARDO

Ciudades y la lucha contra el cambio climático: experiencias de municipios estadounidenses 169
LUIS INARAJA VERA

V. Contaminación y tratamiento del agua

La creciente importancia de la reutilización de las aguas residuales urbanas en un entorno de escasez hídrica 188
M. ASUNCIÓN TORRES LÓPEZ

Competencias y obligaciones de los entes locales para hacer frente a la contaminación de las aguas. Especial referencia a la actuación local en materia de vertidos 211
LUCÍA CASADO CASADO

Contaminación y tratamiento del agua: el papel de los concesionarios de servicios de saneamiento en el control de los vertidos a la red municipal 257
JESÚS CONDE ANTEQUERA

OTROS ESTUDIOS

Los instrumentos jurídicos de colaboración interadministrativa. Las encomiendas de gestión: su delimitación con la figura de los contratos *in house*. Los convenios administrativos 286
CARMEN ALONSO HIGUERA

Ciudadanía y participación por medios electrónicos. Un futuro incierto 357
JULIÁN GARRÁN DÍAZ

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

Crónica de jurisprudencia (de 1 de julio a 31 de diciembre de 2017) 374
ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

QDL46

ESTUDIOS SOBRE MEDIO AMBIENTE

I. Desarrollo urbano sostenible

La construcción del ordenamiento ambiental español

Fernando López Ramón
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza

1. **La formación de las políticas ambientales**
2. **La consolidación de la función pública de protección ambiental**
3. **La incorporación de los principios ambientales comunitarios**
4. **El reconocimiento de los derechos al medio ambiente**
5. **Bibliografía**

Resumen

Este artículo expone los principales elementos que confluyen en la configuración del ordenamiento ambiental en España, incluyendo la evolución de las políticas en la materia, la identificación de la función pública de protección del medio ambiente, y los principios y derechos ambientales.

Palabras clave: *políticas ambientales: evolución; función pública de protección ambiental; principios ambientales; derechos al medio ambiente.*

Building environmental law in Spain

Abstract

This article explores the key elements of environmental law in Spain, including environmental policies, the identification of the public function of protecting the environment and principles and environmental rights.

Keywords: environmental policies; evolution; public function of protecting the environment; environmental principles and rights.

1
La formación de las políticas ambientales

En la experiencia española, el régimen jurídico tradicional de los recursos naturales no estaba vertebrado por preocupaciones proteccionistas. Los problemas ecológicos no parecían excesivamente graves dentro de una sociedad con cierto predominio rural y con amplias zonas no humanizadas o humanizadas conforme a pautas de explotación limitada. Aunque la industrialización y la expansión turística de la década de 1960 iniciaron gravísimos problemas ecológicos, por el momento las manifestaciones se concentraban en lugares o períodos temporales concretos.

Las vías jurídicas de protección del medio ambiente se limitaban al general sistema de responsabilidad por daños y a las reglas de protección de determinados recursos naturales en el marco de su explotación. Escaso contingente técnico, lastrado, además, por sus propias características.

Así, la ligazón del sistema de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CCiv) a la existencia de una persona dañada y a la exigencia de culpa en el productor del daño, ha constituido tradicionalmente serios inconvenientes para la defensa de bienes comunes calificados como *res nullius* (aire, animales salvajes). De la misma manera, la protección de un recurso para asegurar su explotación tiene el inconveniente de ser una tutela contingente, que suele ceder ante intereses de mayor productividad aunque supongan la eliminación del recurso (baste con citar el ejemplo de la estación de esquí en el monte catalogado).

El régimen de las contaminaciones estaba dominado en esa época por la perspectiva sanitaria, que se reflejaba en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961, todavía vigente en algunas comunidades autónomas. Las técnicas de dicho Reglamento resultaban insuficientes: alejamiento de ciertas industrias, pero sin medidas para evitar el acercamiento de la urbanización; medidas correctoras de contenido discrecional y referidas únicamente al inicio de la actividad; sistema excesivamente complicado de represión, etc. No obstante, conviene notar que la jurisprudencia realizó una importante interpretación progresiva de sus contenidos, reflejada especialmente en la consideración de la licencia de apertura de las actividades clasificadas como una autorización operativa, que

permite incorporar nuevas medidas correctoras debidas a los avances técnicos.

Las claudicaciones del sistema tradicional en relación con los intereses ambientales se ponían claramente de manifiesto en la legislación de aguas: medidas de fomento de la desecación de las zonas húmedas, regulación del canon de vertido para resarcir simbólicamente los daños causados a la riqueza piscícola por las industrias y explotaciones, o clasificación de los cursos de agua en función de su nivel de contaminación con la finalidad de permitir el vertido libre en los denominados cursos industriales. Previsiones normativas estas que prolongaron su vigencia hasta la Ley de Aguas de 1985.

La protección de la naturaleza aparecía dominada por la óptica de la explotación forestal, lo que presenta aspectos positivos y otros más discutibles. Entre los primeros, la racionalización de los aprovechamientos, sobre todo en la amplia masa de los importantes montes catalogados, o los intentos normativos de combatir los incendios forestales. Entre los aspectos negativos, la incorporación de la visión productiva de la naturaleza incluso al sector de los parques nacionales, modificando una interesante aunque limitada trayectoria de conservación conforme a criterios estéticos que se había iniciado en la Ley de Parques Nacionales de 1916.

En relación con la fauna, está claro que lo protegido eran las actividades deportivas de caza y pesca, aunque fueron surgiendo algunos mecanismos de protección, como los cotos nacionales de caza, luego transformados en reservas nacionales de caza, y la protección general de las especies ya en la Segunda República.

La década iniciada en 1970 contempló la toma de conciencia generalizada sobre el problema ecológico, debido tanto a la advertencia de los graves deterioros ambientales que se estaban produciendo, cuanto al influjo de una poderosa corriente de opinión internacional.

Efectivamente, en la génesis y consolidación de las políticas ambientales corresponde un relevante papel al derecho internacional, en cuyo seno se ha consolidado la idea de que el medio ambiente constituye un patrimonio o una tarea común de la humanidad. Las grandes conferencias mundiales en la materia (Estocolmo, 1972; Río, 1992; Johannesburgo, 2002; Río+20, 2012), a pesar de la falta de carácter vinculante de los documentos aprobados en las mismas, han servido para potenciar la implantación y el desarrollo de las políticas ambientales en todo el planeta. Al mismo tiempo, han proporcionado cobertura para la suscripción de un relevante conjunto de tratados internacionales multilaterales característicos del moderno derecho ambiental. En ellos se definen estándares mundiales de protección de dife-

rentes recursos naturales, previéndose diversos mecanismos tendentes a asegurar la ejecución por los Estados de los correspondientes compromisos.

Los logros alcanzados empiezan a ser significativos, aunque destacan poderosamente las lagunas en determinados sectores. Así, conocido es el fracaso de los intentos de comprometer a Estados Unidos y otros países avanzados en la limitación de emisiones de anhídrido carbónico, tal y como se estableció en el Protocolo de Kioto (1997), cuya parcial entrada en vigor se demoró hasta el año 2005, asumiéndose los primeros compromisos de reducción de emisiones por algunos Estados para el período 2008-2012. Solo tras la Conferencia de París (2015) ha sido posible encontrar una fórmula que permita la continuidad y la relativa ampliación de su alcance.

En todo caso, cabe constatar que, en la actualidad, los compromisos internacionales ambientales asumen una posición predominante en los Estados democráticos. Los tratados internacionales constituyen elemento imprescindible en la exposición de las fuentes de los diferentes sectores ambientales. Se ha cumplido, así, un importante proceso de incorporación del derecho internacional ambiental a las políticas ambientales estatales, incluyendo en esta expresión tanto las procedentes de los propios Estados como las establecidas por otros entes territoriales.

Los nuevos planteamientos se advirtieron paulatinamente en la legislación y en las estructuras administrativas. Conocido es en tal sentido, dentro de la experiencia española, el preámbulo de la Ley de Protección del Medio Ambiente Atmosférico de 1972, con sus referencias a los variados aspectos de la política de medio ambiente y a la impotencia de la propia norma para hacer frente a todos ellos. En el ámbito organizativo, cabe destacar la creación de la Dirección General del Medio Ambiente (1973).

No se olvide que el final de la década llegó junto con la inclusión de un precepto dedicado al medio ambiente en la Constitución (1978); elemento que había de tener formidables consecuencias en el plano de la consolidación del derecho ambiental español.

Posteriormente se generalizó el cambio de perspectiva. Dos hechos ligados a la distribución territorial del poder público cobran singular importancia para explicar el alcance de las modificaciones experimentadas. Por una parte, la aplicación de la política ambiental europea, como consecuencia del ingreso de España en la Comunidad Europea (1986), y por otra parte, la asunción de amplias competencias ambientales por las comunidades autónomas.

La política ambiental de la Comunidad Europea introdujo aire fresco, mecanismos renovadores, en las anquilosadas posturas sobre el medio am-

biente de nuestras regulaciones tradicionales, obligando a actuar a las Administraciones públicas españolas en términos más efectivos. El impacto del derecho derivado europeo se dejó sentir en la regulación de todos los elementos ambientales: aguas, residuos, evaluación ambiental, costas, espacios naturales, delito ecológico…

Las comunidades autónomas han emprendido con entusiasmo la tarea de infiltrar también nuevos elementos de progreso social en relación con el medio ambiente. Desde las novedades organizativas (las agencias y los departamentos de medio ambiente), hasta la amplitud de algunos sectores ambientales, especialmente de los relacionados con la protección de espacios naturales y la ordenación del territorio conforme a criterios de protección ambiental.

En definitiva, aun siendo plenamente consciente de que el ordenamiento jurídico no se limita a los normas y, además, de que no basta con aprobar normas para cambiar la realidad, hay indicios de cambios profundos en la reacción del derecho frente a la problemática ambiental.

2
La consolidación de la función pública de protección ambiental

El medio ambiente es objeto de atención jurídica bajo la óptica de su protección en todos los ordenamientos jurídicos territoriales (internacional, europeo, estatales, autonómicos y locales). La protección del medio ambiente se configura como una función pública, para cuya exacta comprensión conviene reflexionar sobre el alcance que cabe otorgar a los elementos conceptuales implicados: el medio ambiente, su protección y el contenido de la específica función de protección ambiental.

Medio ambiente: concepto y alcance. Interesantes problemas jurídicos suscita el amplio significado de lo que en inglés se denomina *environment*, en francés *environnement*, en alemán *umwelt*, en italiano y en portugués *ambiente* y en español *medio ambiente*. Denominaciones que sirven para designar, en los diferentes idiomas, el "conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos" y por extensión el "conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas, sociales, etc., que rodean a las personas".

Tan extensa definición coincide con el sentido de la expresión en diversos documentos internacionales y en algunos tratamientos administrativos y doctrinales, que identifican el medio ambiente con un objeto amplísimo, equivalente al conjunto de elementos físicos, psíquicos y sociales que condicionan la vida del ser humano.

Parece lógico que la reacción frente a ese concepto omnicomprensivo del medio ambiente haya provenido de los estudios jurídicos. Si el medio ambiente como objeto del derecho comprende todo, el concepto no resulta de ninguna utilidad. Cuando se pretende definir un objeto para regularlo, encauzarlo, modificarlo, en atención a determinadas finalidades, por los medios pacificadores del derecho, de poco parece servir un concepto tan amplio.

En la doctrina española, el concepto restringido de medio ambiente, excluyendo del mismo la protección de la naturaleza (espacios naturales, flora y fauna), se sostuvo inicialmente postulando la reducción del medio ambiente como objeto del derecho a los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas, es decir, el agua y el aire, vehículos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del ser humano sobre la tierra. El objeto del derecho ambiental consistiría en controlar las perturbaciones que en el medio ambiente producen las contaminaciones efectuadas por la descarga de desechos, residuos y materiales sin valor económico para el sujeto que se desprende de ellos y que se eliminan a costa de la colectividad al amparo de un defectuoso sistema de formación de precios. Sin embargo, las pautas generalizadas en nuestra doctrina y jurisprudencia incluyen en el concepto jurídico de medio ambiente el régimen de protección de los seres vivos (fauna y flora) y de sus hábitats.

No obstante, el problema quizá merezca un enfoque diferente, pues es posible que concepciones amplias y restrictivas sobre el medio ambiente reflejen elementos de la realidad que merezca la pena tener en cuenta desde una perspectiva jurídica.

Ante todo, parece necesario descartar que una política ambiental, traducida en normas jurídicas y en actuaciones administrativas, junto a otros aspectos, pueda referirse a todos los elementos que condicionan la vida del ser humano. Con un solo impulso organizativo, con unos medios limitados, sería imposible mantener la calidad de un medio ambiente identificado como el conjunto constituido por los medios y las condiciones de vida.

Sin embargo, alguna virtualidad cabe conceder a la concepción amplia o expansiva del medio ambiente. Esa posición está reflejando la condición propia del hombre en el universo, a la que nada resulta ajeno, y puede llevarnos a configurar la protección del medio ambiente, desde el punto de vista jurídico, como una finalidad, como un gran objetivo del ordenamiento aplicable a todas las políticas públicas. Así se expresa en el llamado principio de integración ambiental, conforme al cual no se debería tratar de englobar las diferentes políticas públicas en una sola política ambiental, sino de imprimir un impulso protector del medio ambiente en todos los sectores

y líneas de acción pública. Junto a ese objetivo general, habría que situar la política específica del medio ambiente, la política sectorial del medio ambiente.

La distinción exigida por ese principio de integración se encuentra claramente establecida en el art. 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, donde la específica política de medio ambiente se diferencia de la vinculación ambiental que afecta a las restantes políticas comunitarias:

> *Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible*.

Ahora bien, política específica y principio general deben ser aplicados a un objeto concreto de la realidad, el medio ambiente, que parece necesario identificar con los recursos naturales. No solo con el agua y el aire, sino también con la flora, la fauna, el suelo y la gea (el suelo es el elemento orgánico que permite la existencia de la fauna y de la flora; la gea se integra por los elementos inorgánicos de la tierra). Otras posturas más reductoras parecerían difícilmente compatibles con la literalidad del art. 45.2 de la Constitución española, que recoge una difundida fórmula internacional y comparada al establecer que "los poderes públicos velarán por la utilización racional de **todos** los recursos naturales, con el fin de… defender y restaurar el medio ambiente". La defensa del medio ambiente se identifica con la protección de los recursos naturales. El medio ambiente como objeto del derecho es una expresión que refiere sintéticamente todas las combinaciones posibles de los recursos naturales.

En definitiva, la protección del medio ambiente debe configurarse como la protección de los recursos naturales, con dos grandes contenidos: uno general, que afecta a todas las políticas públicas, exigiendo que estas tengan en cuenta la situación de los recursos naturales afectados; y otro específico, que se ocupa de velar directa y sectorialmente por la utilización racional de los recursos naturales.

Contenido. La identificación del contenido de la específica función protectora del medio ambiente requiere hacer referencia a los dos grandes sectores de actuación que integran dicha función pública: la lucha contra las contaminaciones y la protección de la naturaleza.

El régimen de las contaminaciones constituye para algunos autores la auténtica función de protección ambiental, centrada en la ordenación de las conductas que pueden alterar la calidad del aire, del agua y del suelo y afectar directamente a la salud humana. El sector de protección de la natu-

raleza perseguiría, en cambio, la directa protección de los recursos naturales, al margen de directas consideraciones antropocéntricas.

El origen de la distinción entre los dos ámbitos de actuación probablemente deriva del protagonismo correspondiente en la mayor parte de los Estados, al menos hasta época reciente, a dos organizaciones administrativas: la sanitaria y la forestal. Por una parte, en los órganos sanitarios se concentró un importante conjunto de competencias de control de las contaminaciones que pudieran resultar perjudiciales para la salud humana. Por otra parte, a los órganos forestales se atribuyeron competencias de ordenación y gestión de montes, caza, pesca fluvial, parques nacionales… En todo caso, la opinión que parece mayoritaria se inclina por el estudio conjunto de ambos sectores.

La función pública de protección del medio ambiente debe ser diferenciada de otras funciones públicas cuyos objetos están relacionados con la utilización racional de los recursos naturales.

Ordenación del territorio. Conforme a los esquemas conceptuales dominantes, la disciplina más general sería la ordenación del territorio, concebida como una función pública horizontal que debe condicionar a las funciones sectoriales, con la finalidad de corregir los desequilibrios territoriales en una forma que permita compatibilizar los intereses de desarrollo económico y mejora de la calidad de vida (que incluye la protección del medio ambiente).

Los grandes objetivos de la ordenación del territorio, plasmados en diversos instrumentos (planes directores territoriales de coordinación en la legislación estatal; estrategias, planes y directrices territoriales en la legislación autonómica), tienen indudablemente incidencia sobre la función pública de protección del medio ambiente, al implicar decisiones relativas a la vocación de las diferentes zonas territoriales y a las infraestructuras generales. En tal sentido, el objetivo general de tutela del medio ambiente constituye un elemento esencial de la ordenación del territorio.

Urbanismo. El urbanismo constituye una función pública cuyo centro de atención es la ciudad, como espacio físico integrado por los entramados urbanos existentes y sus expansiones. El objeto puede ser distinguido de la tutela directa de los recursos naturales, correspondiente a la específica función ambiental. No obstante, la ordenación urbana incide sobre los recursos naturales y por ello se encuentra vinculada claramente, al igual que otras funciones públicas, al objetivo general de protección del medio ambiente.

Patrimonio cultural. El patrimonio cultural se define como el conjunto de bienes que constituyen testimonio de la civilización. Civilización y naturaleza constituirían, así, elementos diferenciadores de las funciones públi-

cas de protección cultural y ambiental. Medio ambiente y patrimonio cultural son objetos diferentes que cabe diferenciar en un plano general. El medio ambiente se refiere a los recursos naturales; el patrimonio cultural a los elementos de civilización. No obstante, algunos ámbitos (jardines artísticos, parajes pintorescos) proporcionan puntos de fricción clásicos, pues se sitúan en el límite de la distinción entre naturaleza y arte, sobre todo si se tiene en cuenta que la naturaleza en la vieja Europa debe identificarse muchas veces con el mundo rural, y que las perspectivas estéticas desempeñan un importante papel en la protección del medio ambiente.

Sanidad. La intervención pública para el control de las contaminaciones y las molestias tiene en su origen un fundamento exclusivamente sanitario o higiénico. El régimen de las actividades clasificadas ha constituido durante mucho tiempo, al menos en países de influencia francesa, la técnica general que permitía una cierta protección de los recursos naturales. En relación con ello, parece claro que el derecho a la salud constitucionalmente protegido en algunos Estados (art. 43 Constitución) comprende el derecho a la salubridad del medio ambiente. Ahora bien, la importancia del medio ambiente para la salud humana no debe traducirse en una confusión de funciones. La sanidad pública únicamente está interesada en los aspectos ambientales directamente relacionados con la salud humana, mientras que la tutela ambiental debe atender a todos los aspectos relativos a la utilización racional de los recursos naturales.

3
La incorporación de los principios ambientales comunitarios

El Acta Única Europea (1986) introdujo en el Tratado CEE un conjunto de normas relativas al medio ambiente, obedeciendo a la necesidad de "constitucionalizar" la materia. Posteriormente, el Tratado de la Unión Europea (1992) aportó algunos cambios en la redacción de los preceptos, agrupados ahora en los arts. 191 a 193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. También se han incluido referencias expresas al medio ambiente entre los objetivos y acciones generales de la Unión (art. 11 Tratado Funcionamiento UE). De manera que la política ambiental europea constituye ya una línea de actuación plenamente consolidada bajo la óptica jurídica.

Tres son los grandes contenidos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con el medio ambiente: establecimiento de principios, distribución de competencias y procedimientos de actuación. Aquí

referiremos exclusivamente los principios ambientales de la Unión Europea, entendidos como fundamento del derecho ambiental.

La lista de los principios vertebradores de la política ambiental comunitaria está en el art. 191 Tratado Funcionamiento UE. En todos los casos, bajo la óptica jurídica, nos encontramos ante principios generales. Principios generales del derecho que cumplen las mismas funciones en materia ambiental que en cualesquiera otros ámbitos. Por una parte, en la tarea de aplicación del derecho, los principios deben ser usados como elementos hermenéuticos de las normas, imponiendo una interpretación de estas acorde con los mismos principios. Por otra parte, deben emplearse como elementos integradores de las lagunas normativas, permitiendo dar una solución a los problemas que exigen una respuesta jurídica.

Los principios jurídico-ambientales no resultan pues de naturaleza diferente a los restantes principios generales del derecho. Presentan, así, los conocidos problemas de posible indeterminación de sus contenidos y de necesidad de compaginación entre contenidos que pueden resultar parcialmente contradictorios. No hay ninguna originalidad en tales problemas, salvada la novedad de su planteamiento en relación con el medio ambiente. Al hilo de los casos requeridos de la aplicación de principios, cabrá especificar sus contenidos y resolver los enfrentamientos con otros principios.

Los principios incluidos en el Tratado forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y también de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que han incorporado los contenidos del Tratado por su misma ratificación y publicación.

En el Tratado se utilizan diversas expresiones para referirse a los principios jurídico-ambientales, siendo la primera de ellas la de "objetivos". La idea subyacente a la denominación parece ser la de estimar que hay unas metas a alcanzar. Metas generales, por una parte, comunes a todas las políticas ambientales de los ordenamientos primarios (internacional, europeo, estatales); de ahí que se establezca que la política ambiental de la Unión "contribuirá" a la obtención de una serie de "objetivos" (art. 191.1). Metas específicas, por otra parte, propias de la política ambiental de la Unión Europea (art. 191.2). Sin embargo, no se trata solo de metas a alcanzar. Los objetivos vertebran continuamente la política ambiental comunitaria, configurándose como auténticos principios generales.

Así, cuando se establece que uno de los objetivos en cuestión será "la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente", parece que se está imponiendo el diseño de una política ambiental activa, que se traduzca en medidas de congelación del estado de concretos elemen-

tos ambientales ("conservación"), en actuaciones sobre aspectos ajenos al propio elemento ambiental ("protección"), así como en acciones de recuperación de elementos ambientales degradados ("mejora"). Por más generales que resulten los contenidos de ese principio de política ambiental activa, el método jurídico permitirá su aplicación judicial a los casos concretos, lo cual constituye una garantía de su efectiva aplicación por todos los poderes públicos.

Otros principios caracterizados como objetivos generales serían la prevalencia de la salud de las personas, la utilización racional y prudente de los recursos naturales y el fomento de la intervención internacional para los problemas ambientales de ámbito supranacional. Como objetivo específico, se recoge el principio del "nivel de protección elevado", que supone un fuerte compromiso para las concretas decisiones ambientales, aunque la misma norma ha procurado evitar una aplicación mecánica de dicho principio, al matizar que debe tenerse presente "la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión".

La denominación directa de "principios" se utiliza para los de prevención, corrección y "quien contamina paga" (art. 191.2), que constituyen la secuencia de actuaciones exigidas por los problemas ambientales: primero, evitar la generación de contaminaciones o molestias (prevención); segundo, eliminar o disminuir las contaminaciones o molestias que no hayan podido ser evitadas (corrección); por último, atribuir los costes de prevención y corrección de los inconvenientes ambientales al autor de los mismos ("quien contamina paga"). Secuencia cuya completa visión requeriría añadir las medidas de intervención pública, cuyos costes pueden llegar a ser asumidos por la UE cuando resulten "desproporcionados" para los Estados (art. 192.5).

El *principio de prevención* suele tratarse junto con el de *corrección*, entendiendo que ambos imponen intervenir en la fuente antes de que se genere la contaminación o el problema ambiental de que se trate. De esa manera se evitan daños irreversibles o costes de reparación prohibitivos. Suele situarse su origen en el caso Trail (1940), donde el tribunal arbitral estableció que el principio internacional de utilización no dañosa del territorio nacional implicaba la obligación de una debida diligencia para prevenir la contaminación transfronteriza. Manifestaciones del principio se advierten en las actividades de reglamentación, evaluación y autorización de actividades potencialmente peligrosas para el medio ambiente, así como en los mecanismos de imposición de las mejores técnicas disponibles, normalización y homologación de productos, y actividades de vigilancia y supervisión ambiental.

El *principio quien contamina paga* implica que los gastos de prevención, reducción y lucha contra la contaminación (o cualquier problema ambiental) deben ser soportados por el contaminador. En ningún caso ha de interpretarse como el reconocimiento de un supuesto derecho a contaminar, sino antes bien como un principio económico encaminado a la internalización de los costes de la contaminación que habrían de incorporarse al precio final de los productos. Una de las aplicaciones del principio puede encontrarse en la fiscalidad ambiental: tasas por las molestias sonoras de aeropuertos, la generación de residuos, el uso de aceites minerales y sintéticos…

Más principios se encuentran directamente recogidos en el Tratado, sin ninguna denominación previa. Así sucede con el anteriormente mencionado principio de integración ambiental de todas las políticas (art. 11). Lo mismo ocurre con los principios de vinculación a los conocimientos científicos y técnicos, de diversidad territorial, de evaluación y de solidaridad económica y territorial, recogidos todos como elementos que la Unión debe asumir "en la elaboración de su política en el área del medio ambiente" (art. 191.3). El principio de cooperación internacional recibe una atención específica (art. 191.4).

Con fundamento también en el Tratado Funcionamiento UE (art. 191.2), y en diversos tratados y declaraciones internacionales, así como en leyes estatales, aunque también acompañado de hondas polémicas, se plantea el *principio de precaución*. Conforme al mismo, la eventualidad de un daño ambiental grave e irreversible exige, aun en ausencia de certidumbre científica sobre los riesgos, la adopción de procedimientos de evaluación de estos y de medidas provisionales y proporcionales al daño configurado. El principio es hecho valer en relación con supuestos determinantes de controversias científicas, como pueden ser las que rodean a la energía nuclear, los organismos genéticamente modificados y la biotecnología en general. Se trata de un principio de carácter anticipativo, que conduce a tener en cuenta la incertidumbre científica adoptando medidas cautelares mientras se desarrollan activamente las investigaciones que puedan acabar con las dudas.

Es también objeto de discusión la identificación del *principio de no regresión ambiental* frente a los cambios normativos, que se defiende con apoyo en los objetivos de resultado que caracterizan al derecho ambiental. A primera vista parece oponerse a la proscripción de leyes perpetuas que en los mismos albores del constitucionalismo proclamó la francesa Declaración de Derechos de 1793 (artículo 28: "una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras"). Pero, en realidad, el principio de no regresión ambiental es una adaptación a las circunstancias

contemporáneas de la idea del progreso humano que está detrás de la declaración revolucionaria.

El *principio del desarrollo sostenible* es la fórmula que rápidamente se ha extendido para expresar sintéticamente el conjunto de los principios ambientales, las funciones públicas de tutela ambiental y aun los nuevos derechos ambientales a los que enseguida vamos a hacer referencia. Consagrado en el Informe Brundtland (1987) como el desarrollo que atiende a las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de atender a las suyas, ha experimentado una rápida difusión internacional y nacional. A partir de tan esencial principio, que conlleva un cambio radical en el uso de las cosas comunes, se podría incluso identificar el nuevo modelo del Estado ecológico, ambiental o sostenible.

4
El reconocimiento de los derechos al medio ambiente

La posible identificación de derechos en relación con el medio ambiente es cuestión del máximo interés. En todos los ámbitos de la vida social, económica, política y cultural, el reconocimiento de los mismos ha sido una vía eficaz de potenciación de las finalidades de interés general. Lo mismo cabe esperar sobre el medio ambiente.

La primera referencia que puede encontrarse en un tratado internacional, conectando explícitamente los derechos humanos con el medio ambiente, se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966), que incluye "el mejoramiento en todos sus aspectos del medio ambiente" entre las medidas necesarias para asegurar la plena efectividad del "derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (art. 12.2.b).

Sin embargo, la más conocida mención internacional del derecho al medio ambiente corresponde, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, a la Declaración de Estocolmo de 1972 (principio 1):

> *El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a adecuadas condiciones de vida, en un medio ambiente de calidad, que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las presentes y las futuras generaciones*.

A partir de entonces, otros documentos internacionales han realizado declaraciones similares o complementarias, generalmente en textos carentes

de fuerza obligatoria. Sin embargo, el movimiento de ideas impulsado por la Conferencia de Estocolmo determinó que los derechos relacionados con el medio ambiente accedieran al constitucionalismo democrático. Siguiendo el precedente portugués, la Constitución de España de 1978 proclamó que "todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo" (art. 45.1). Muchos otros textos constitucionales han seguido esos planteamientos, habiéndose llegado a aprobar en Francia una completa Carta Constitucional del Medio Ambiente (2005).

Derecho fundamental. Gran importancia ha tenido la posibilidad de instrumentar derechos fundamentales clásicos para la protección del medio ambiente. Tal ha sido el planteamiento seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, particularmente en una serie de casos relativos al contenido ambiental del derecho a la intimidad domiciliaria en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950). Los ruidos producidos en algún aeropuerto británico o en un campo de tiro alemán, pero especialmente los olores nauseabundos provocados por cierta instalación depuradora de agua en España, constituyeron los eventos determinantes de una interesante postura jurisprudencial en la aplicación del Convenio Europeo.

El *caso López Ostra* (STEDH de 9 diciembre 1994) supuso la confirmación efectiva del principio que permite vincular la protección del medio ambiente al contenido de los derechos fundamentales. Siguiendo doctrina ya formulada anteriormente, se otorga al Estado "un cierto margen de apreciación" de las circunstancias de interés público concurrentes, pero los datos del caso llevan al TEDH a estimar que la invasión de la vivienda por olores, ruidos y humos persistentes durante años, sin que las autoridades adoptasen medidas efectivas, había supuesto la violación del derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar.

La doctrina tiene una tremenda fuerza expansiva, contemplada como un principio para la aplicación del derecho, un principio que permite vincular la protección del medio ambiente al contenido de todos los derechos fundamentales, no solo del derecho a la intimidad domiciliaria. El completo catálogo de derechos fundamentales se convierte en una pluralidad de posibles vías de protección ambiental.

Por otra parte, también es preciso contar con el incremento de la sensibilidad social sobre los niveles de calidad ambiental. La gravedad de los atentados ambientales, para merecer su protección como exigencia de ciertos derechos fundamentales, está llamada a ir disminuyendo a la par que se difunda la educación ambiental. De manera que cabe imaginar el ejercicio

de acciones para la tutela del derecho a la vida amenazado por los "riesgos mayores" de una industria, o exigiendo que la libertad de circulación conlleve el derecho al disfrute no lucrativo de la naturaleza, etc.

Derecho subjetivo. Junto a los contenidos ambientales de los derechos fundamentales, es preciso plantearse la existencia de un específico derecho subjetivo al medio ambiente y, además, las características de tal derecho en el ordenamiento constitucional español.

Cada vez hay menos razones para no concordar con quienes propugnan que el art. 45.1 Constitución, al establecer que "todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona", se traduce precisamente en lo que dice y no en otra cosa. La fuerza de las palabras utilizadas en el precepto, por lo que ellas mismas significan, junto con la fuerza de la conciencia social sobre la necesidad de compromisos ambientales en el texto fundamental, son elementos que justifican interpretar que la palabra "derecho" equivale, como es habitual en el lenguaje jurídico, a derecho subjetivo, esto es, a una situación de poder individual susceptible de tutela judicial.

Tradicionalmente, sin embargo, ha venido negándose la existencia de un derecho subjetivo al medio ambiente. Todo el contenido del capítulo 3.º del título I de la Constitución, donde se incluye el art. 45, habría de interpretarse como un conjunto de normas de acción dirigidas a los poderes públicos. Principios cuyo "reconocimiento, respeto y protección… informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", pero con exclusión en todo caso de la tutela judicial, puesto que "solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen" (art. 53.3 Constitución).

Ese razonamiento puede considerarse ya inconsistente. Primero, porque supone entender que las garantías establecidas para los diversos derechos y principios enunciados en el tít. I Constitución se limitan al cuadro del art. 53 Constitución. Segundo, porque ignora que ese precepto únicamente se refiere a "los principios reconocidos en el cap. 3.º", sin comprender por tanto a los derechos reconocidos en el mismo lugar. Tercero, porque contradice el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de "derechos e intereses legítimos" (art. 24.1 Constitución), en la medida en que niega la tutela judicial de un derecho recogido en el propio texto fundamental.

Puede pues sostenerse que el precepto reconoce un derecho subjetivo al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Y al propio tiempo, un "deber de conservarlo". Con lo cual, las dos vertientes, activa y pasiva, de las normas jurídicas de relación entre sujetos quedan perfectamente expresadas: la conservación del medio ambiente adecuado para el

desarrollo de la persona es un derecho y un deber en el ordenamiento constitucional español. Por tanto, si alguien lesiona el derecho de otro al medio ambiente adecuado, incumpliendo el deber de conservarlo, el segundo tendrá acción judicial, según los casos: para evitar la lesión ante el peligro de su producción (principio de prevención) o para suprimirla, si ya se ha consumado, comprendiendo incluso la reparación de los daños causados (principio de corrección).

Ese sencillo esquema, típico de los derechos subjetivos, quizá no haya podido ser percibido inmediatamente tras la aprobación del texto fundamental de 1978, por la incidencia de una cierta obsesión en implicar a los poderes públicos, para que legislen y sobre todo para que realicen prestaciones con el objetivo de asegurar el medio ambiente adecuado. Sin embargo, no son esos aspectos los garantizados preferentemente por el derecho constitucional al medio ambiente, cuyo sujeto pasivo es quien contamina o produce cualquier lesión del derecho. Aunque, ciertamente, la infracción del deber constitucional de conservación del medio ambiente puede proceder de la Administración. El derecho al medio ambiente es un derecho de goce, un derecho "a disfrutar", según establece el art. 45.1 Constitución, no a disponer del medio ambiente.

En todo caso, la indeterminación del objeto plantea dudas sobre cuál sea el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. En la doctrina, cabe identificar dos tipos de respuestas. Para algunos autores, la referencia constitucional al medio ambiente adecuado contiene una remisión al legislador, de manera que los contenidos del medio ambiente objeto de la protección constitucional serán los establecidos por la legislación. Para otros autores, en cambio, es posible establecer un concepto sustantivo del medio ambiente adecuado, que podría identificarse con el "círculo vital" del individuo o con la posibilidad de un "desarrollo libre de enfermedades".

El inconveniente de esas caracterizaciones reside en que no permiten establecer un lugar propio para el derecho subjetivo al medio ambiente. Si el medio ambiente objeto del derecho es el que resulte de lo establecido por la legislación, en realidad lo que tenemos es una acción pública. Por otra parte, la identificación del medio ambiente adecuado con el "círculo vital" o con el "desarrollo libre de enfermedades" comportaría dificultades para el deslinde entre este derecho y los contenidos ambientales de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad, conforme a la mecánica anteriormente expuesta.

No parece posible definir anticipadamente qué sea el medio ambiente adecuado, porque se trata de un concepto jurídico indeterminado, apropiado para desenvolverse en su concreta aplicación. Es decir, solo la casuística

judicial en la aplicación del derecho permitirá determinar los niveles de calidad ambiental considerados constitucionalmente "adecuados". Aunque debe quedar claro que remitir a la casuística no significa abdicar de los planteamientos técnicos, para adentrarse en una suerte de ámbito dejado a la libre decisión del juez. El caso concreto es la única vía de fijar el alcance del concepto jurídico indeterminado, en la medida en que solo entonces será posible desarrollar la actividad técnica que acredite si los hechos analizados alteran o no el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Aunque ciertamente conviene destacar que esa actividad técnica no podrá menos de estar constantemente penetrada por los niveles de sensibilidad social ante los problemas ambientales.

Derecho colectivo. Al margen de su significado típico como derecho subjetivo, el derecho al medio ambiente es considerado, en diversas declaraciones internacionales y planteamientos doctrinales, como un derecho colectivo. Tal expresión puede aglutinar una serie de derechos subjetivos caracterizados por su contenido instrumental, procedimental, "reaccional" a veces, con respecto a la actuación de los poderes públicos. Se trata de derechos subjetivos correspondientes primariamente a los individuos (y por extensión, a los grupos), cuyo contenido, sin embargo, tiene un significado colectivo, al tener su fundamento en la solidaridad, como todos los derechos de la tercera generación.

En el importante Convenio de Aarhus (1998), incorporado a España por la Ley 27/2006, tres son los derechos o contenidos procedimentales habitualmente identificados bajo el rótulo del derecho colectivo al medio ambiente: el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho de participación en las decisiones ambientales y el llamado derecho de acceso a los recursos administrativos y jurisdiccionales contra las decisiones ambientales.

5
Bibliografía

Alonso García, E. (1993), *El derecho ambiental de la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1993, 2 vols.

Casado Casado, L. (2009), "El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia", *RAP*, 178.

Cierco Seira, C. (2004), "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español", *RAP*, 163.

Esteve Pardo, J. (2017), *Derecho del medio ambiente*, 4.ª ed., Madrid, Pons.

Fernández de Gatta, D. (2017), *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, 6.ª ed., Salamanca, Ratio Legis.

Jordano Fraga, J. (1995), *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, Bosch.

Lasagabaster, I., dir. (2010), *Derecho ambiental*, 2.ª ed., 4 tomos.

López Ramón, F. (1997), "Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental", *RAP*, 142.

López Ramón, F., coord. (2006-2017), *Observatorio de Políticas Ambientales*, 12 vols., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2006-2015; Madrid, CIEDA-CIEMAT, 2016-2017.

Lozano Cutanda, B. (2014), *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid, Centro de Estudios Financieros.

Montoro Chiner, M.ª J. (2000), "El Estado ambiental de derecho. Bases constitucionales", *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant lo Blanch, t. III.

Nogueira López, A. (2013), "La transposición de directivas ambientales en el Estado autonómico", X. Arzoz Santisteban (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics.

Ortega Álvarez, L. & Alonso García, C., dirs. (2013), *Tratado de Derecho Ambiental*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Torres López, M. A. & Arana García, E., dirs. (2015), *Derecho Ambiental*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos.

Desarrollo urbano sostenible: ¿Actuar localmente sin cambio global?

Alba Nogueira López
Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela

1. **Introducción**
2. **Orígenes del desarrollo urbano sostenible**
3. **Los (débiles) derechos e intereses generales por los que vela el desarrollo urbano sostenible**
4. **Obstáculos competenciales, organizativos y procedimentales**
5. **Buenas prácticas para un desarrollo urbano sostenible y activismo para la primacía del viejo modelo intensivo en recursos**
   - 5.1. Contratación pública responsable
   - 5.2. Vivienda
   - 5.3. Circularidad
   - 5.4. Movilidad y comercio de proximidad
6. **Bibliografía**

Resumen

Los entornos urbanos concentran a la mitad de la población mundial y tres cuartos de la producción económica. El reverso de estas cifras son los problemas ambientales y sociales (generación de gases de efecto invernadero, consumo de recursos, pobreza, violencia…) que genera esa concentración. El desarrollo urbano sostenible surge como una estrategia integradora ambiental, económica y social que busca luchar contra la desigualdad, el cambio climático y el agotamiento de los

recursos. Sin embargo, un análisis de las políticas públicas y la legislación existente muestra que la necesidad de un cambio de modelo en clave de sostenibilidad pugna asimétricamente, en términos de medios, competencias e instrumentos, con la primacía del modelo intensivo en recursos y la globalización neoliberal.

Palabras clave: *desarrollo urbano sostenible; economía circular;* smart cities*; cambio climático; vivienda; movilidad; residuos; competencias; evaluación de impacto; desregulación*.

Sustainable urban development: acting locally without a global change?

Abstract

Cities concentrate half of the world population and three-quarters of the economic production. Environmental and social issues –greenhouse gases, consumption of resources, poverty, violence– are the negative side of this concentration. Sustainable urban development consists in an environmental, economic and social strategy aimed at fighting inequality, climate change and consumption of resources. However, an analysis of the public policies and the current legislation shows that the need of a new model based on sustainability clashes with, in terms of competences and tools, the primacy of the model based on the intensity of consumption of resources and neoliberal globalization.

Keywords: sustainable urban development; circular economy; smart cities; climate change; housing; mobility; waste; competences; impact assessment; deregulation.

1
Introducción

El lema ambientalista "*think globally, act locally*" enuncia perfectamente el alcance del desarrollo urbano sostenible. Un enfoque local ambiental y social necesario para el cambio de modelo global que permita la subsistencia del planeta para generaciones futuras. Un enfoque integrado en el que "las medidas que atañen a la renovación física de las ciudades deban combinarse con medidas que promuevan la educa-

ción, el desarrollo económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente"[1].

La conciencia de que el planeta ha alcanzado límites a la sostenibilidad de la vida, como consecuencia del cambio climático y el agotamiento de recursos naturales, ha sido el factor desencadenante de toda una serie de estrategias con distintos matices que buscan paliar esta situación y un cambio de modelo en clave de sostenibilidad ambiental: reducción de emisiones, economía circular, agenda urbana sostenible, desarrollo urbano sostenible, *smart cities*. No obstante, estas iniciativas se sitúan aún en un plano incipiente y adoptan formulaciones no vinculantes, que pugnan con la lógica del mercado globalizado y con la defensa de la competencia que despliegan una potencia ilimitada obviando consideraciones ambientales y sociales, dificultando otras visiones. Parece pues que el desarrollo urbano sostenible cumple la exigencia de actuar localmente, pero se echa en falta asumir globalmente la urgencia de un cambio de modelo y poner en marcha los instrumentos a la altura de ese objetivo.

Este trabajo busca apuntar los retos que plantea el desarrollo urbano sostenible y los puntos de fricción que presenta el ordenamiento jurídico-institucional, para viabilizar un cambio de enfoque cada vez menos aplazable.

2
Orígenes del desarrollo urbano sostenible

Los entornos urbanos representan hoy ámbitos en los que confluyen algunos de los principales problemas ambientales y sociales (generación de gases de efecto invernadero, consumo de recursos, pobreza, violencia…), y concentran ya a la mitad de la población mundial y tres cuartos de la producción económica mundial, en una tendencia que va en aumento[2]. Algunas cifras revelan la importancia de las ciudades para abordar el problema de la sostenibilidad: mueven el 70 % del PIB, realizan el 60 % del consumo energético global, son causantes del 70 % de los gases de efecto invernadero y del 70 % de los residuos[3]. Por otra parte, la acción en el plano urbano tiene unos efectos directos en cuestiones clave para el cambio de modelo:

1. Comisión Europea, *Desarrollo urbano sostenible integrado. Política de cohesión 2014-2020*, http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/urban_es.pdf
2. https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2569130918-SDSN-Why-the-World-Needs-an-Urban-SDG.pdf.
3. http://habitat3.org/the-new-urban-agenda/.

residuos, emisiones, planificación de infraestructuras, vivienda, atención a la exclusión.

En los últimos tiempos el desarrollo urbano sostenible como estrategia transversal adquiere unos caracteres singularizados como evolución de otras dinámicas. Por un lado, a nivel mundial deriva del concepto de desarrollo sostenible enunciado por el *Informe Brundtland* de 1987[4], asumido en el Principio 3.º de la Declaración de Río (1992) aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Más recientemente, con sustantividad propia, como parte de la agenda post-2015 de desarrollo sostenible de Naciones Unidas. Dentro de la *Agenda 2030 sobre desarrollo sostenible*[5] se fijan 17 objetivos (eliminación de la pobreza, lucha contra el cambio climático, igualdad de la mujer…), uno de los cuales (Objetivo 11) busca "lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles"[6]. Dos elementos singularizan este documento, a pesar de su carácter voluntario, con respecto a

4. En dicho Informe se declaraba que la humanidad debía cambiar las modalidades de vida y de interacción comercial, si no deseaba el advenimiento de una era con inaceptables niveles de sufrimiento humano y degradación ecológica. Para ello, la humanidad contaba con la aptitud para lograr un *desarrollo sostenible*, esto es, "aquel que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin socavar la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas".

5. http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/la-agenda-de-desarrollo-sostenible/.

6. Los objetivos que se plantean para 2030 son (http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/cities/):

11.1 De aquí a 2030, asegurar el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles y mejorar los barrios marginales.

11.2 De aquí a 2030, proporcionar acceso a sistemas de transporte seguros, asequibles, accesibles y sostenibles para todos y mejorar la seguridad vial, en particular mediante la ampliación del transporte público, prestando especial atención a las necesidades de las personas en situación de vulnerabilidad, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad y las personas de edad.

11.3 De aquí a 2030, aumentar la urbanización inclusiva y sostenible y la capacidad para la planificación y la gestión participativas, integradas y sostenibles de los asentamientos humanos en todos los países.

11.4 Redoblar los esfuerzos para proteger y salvaguardar el patrimonio cultural y natural del mundo.

11.5 De aquí a 2030, reducir significativamente el número de muertes causadas por los desastres, incluidos los relacionados con el agua, y de personas afectadas por ellos, y reducir considerablemente las pérdidas económicas directas provocadas por los desastres en comparación con el producto interno bruto mundial, haciendo especial hincapié en la protección de los pobres y las personas en situaciones de vulnerabilidad.

otros que lo precedían. Por un lado, se pone el foco directamente en las ciudades, advirtiendo su capacidad para abrir caminos para el desarrollo sostenible en las dimensiones sociales, ambientales y económicas que lo conforman[7]. Por otro, a diferencia de los Objetivos del Milenio, este es un objetivo universal no limitado a los países pobres. A este Objetivo se une el lanzamiento por la ONU de la Nueva Agenda Urbana en 2016[8], que hace hincapié en la importancia de la planificación, el establecimiento de normas y una adecuada financiación para conseguir implementar los retos que esto supone.

En la Unión Europea, después de haber realizado ensayos en unas 200 ciudades con la *URBAN Community Initiative*, se introdujo en la Política de Cohesión en el período 2007-2013 como una dimensión de los programas de desarrollo regional ("*mainstreaming*"). Aunque los tratados no dan base legal a la acción europea en aspectos urbanos[9], la Unión Europea entendió que esta dimensión era necesaria para acompañar a la Estrategia de Lisboa

11.6 De aquí a 2030, reducir el impacto ambiental negativo per cápita de las ciudades, incluso prestando especial atención a la calidad del aire y la gestión de los desechos municipales y de otro tipo.

11.7 De aquí a 2030, proporcionar acceso universal a zonas verdes y espacios públicos seguros, inclusivos y accesibles, en particular para las mujeres y los niños, las personas de edad y las personas con discapacidad.

11.a. Apoyar los vínculos económicos, sociales y ambientales positivos entre las zonas urbanas, periurbanas y rurales, fortaleciendo la planificación del desarrollo nacional y regional.

11.b De aquí a 2020, aumentar considerablemente el número de ciudades y asentamientos humanos que adoptan e implementan políticas y planes integrados para promover la inclusión, el uso eficiente de los recursos, la mitigación del cambio climático y la adaptación a él y la resiliencia ante los desastres, y desarrollar y poner en práctica, en consonancia con el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, la gestión integral de los riesgos de desastre a todos los niveles.

11.c. Proporcionar apoyo a los países menos adelantados, incluso mediante asistencia financiera y técnica, para que puedan construir edificios sostenibles y resilientes utilizando materiales locales.

7. Parnell, S., "Defining a global urban development agenda", *World development*, 78, pp. 529-540.

8. http://habitat3.org/the-new-urban-agenda/.

9. Con el Tratado de Lisboa entra en cambio en el derecho originario de la Unión Europea el concepto de desarrollo sostenible, con menciones en el Preámbulo, el art. 2.2 como objetivo de la Unión Europea, el art. 3.3 en relación con el desarrollo del mercado interior, y el 21.2 en relación con la acción exterior.

y la Estrategia europea de desarrollo sostenible[10]. Cabe señalar, sin embargo, que la Estrategia Europea de Desarrollo Sostenible inicialmente tenía un enfoque bastante genérico en cuanto a sus compromisos, y no hacía menciones relevantes al aspecto urbano[11]. Paralelamente a la introducción de criterios de desarrollo urbano sostenible en la política regional se aprueba la *Carta de Leipzig sobre ciudades europeas sostenibles* (2007)[12], suscrita por los ministros responsables, que marca también simbólicamente un acento en el compromiso europeo, recalcando la necesidad de políticas urbanas sostenibles (diseño de espacios urbanos, mejora de infraestructuras y eficiencia energética, educación, lucha contra la exclusión…) y haciendo un llamamiento a los Estados miembros para que propicien un mayor papel de los entornos urbanos en esta estrategia.

Después de haber aprobado en 2015 la Declaración de Lituania[13], en 2016 un Consejo –informal– de los ministros responsables lanzaba la Agenda Urbana de la Unión Europea[14]. Este es un documento que revela por un lado el interés creciente sobre esta cuestión, pero también indicativo de las limitaciones con las que parte. El texto insiste de forma reiterativa en que la Agenda Urbana de la Unión Europea "no creará nuevas fuentes de financiación, cargas administrativas innecesarias, ni afectará a la distribución de competencias actuales o a las estructuras de trabajo o toma de decisión existentes y no transferirá competencias al nivel de la Unión Europea". Establece que la decisión de participar en ella será voluntaria para las partes interesadas, respetará el principio de subsidiariedad y no servirá para que la Unión Europea inicie nueva legislación, sino que será tomada como una "contribución informal" para el diseño de futura legislación o revisión de la existente. Todas estas advertencias son suficientemente ilustrativas del

10. European Commission, Directorate-General for Regional Policy, *Promoting sustainable urban development in Europe. Achievements and opportunities*, 2009, http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/presenta/urban2009/urban2009_en.pdf, p. 9. La Estrategia Europea de Desarrollo Sostenible inicialmente tenía un enfoque bastante genérico en cuanto a sus compromisos y no hacía menciones relevantes del aspecto urbano.

11. Comisión Europea, *Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible*, Bruselas, 15.5.2001, COM(2001)264 final, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0264&from=EN.

12. http://ec.europa.eu/regional_policy/archive/themes/urban/leipzig_charter.pdf.

13. https://eu2015.lv/images/news/2015_06_10_EUurbanDeclaration.pdf.

14. http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/themes/urban-development/agenda/pact-of-amsterdam.pdf.

alcance que se pretende dar a la Agenda Urbana y de las dificultades jurídicas y reticencias que plantea.

Se establece que los tres ejes que dirigen la Agenda Urbana de la Unión Europea, con las limitaciones indicadas, son: mejora regulatoria, mejor financiación, mejor conocimiento. Los temas prioritarios de la Agenda Urbana para la Unión Europea son: inclusión de migrantes y refugiados; calidad del aire; pobreza urbana; vivienda; economía circular; empleos y capacidades en la economía local; adaptación al cambio climático; transición energética; uso sostenible del territorio y soluciones basadas en la naturaleza; movilidad urbana; transición digital; compra pública responsable e innovadora. Cada uno de esos retos se va a implementar a través de asociaciones en las que participarán, voluntariamente, las ciudades, los Estados miembros, las instituciones de la Unión Europea y las partes interesadas, como las ONG y los socios comerciales.

La apuesta europea por el desarrollo urbano sostenible se traduce por tanto hoy, fundamentalmente, en la introducción de una línea específica de financiación comunitaria dentro de los Fondos FEDER, de modo que en el período 2014-2020 al menos un 5 % de los recursos de este fondo deberá ser destinado a financiar medidas integradas para el desarrollo urbano sostenible[15]. Las "autoridades urbanas" serán las encargadas de seleccionar las

15. El Reglamento (UE) n.º 1301/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se regulan los fondos FEDER para el período 2014-2020 indica en sus considerandos:

(19) En el marco de un desarrollo urbano sostenible, se considera necesario apoyar medidas integradas para hacer frente a los retos económicos, medioambientales, climáticos, demográficos y sociales que afectan a las zonas urbanas, incluidas las zonas urbanas funcionales, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de promover vínculos entre el ámbito urbano y el rural. Los principios para seleccionar las zonas urbanas en las que deban aplicarse acciones integradas para un desarrollo urbano sostenible y los importes indicativos previstos para dichas acciones deben fijarse en el acuerdo de asociación con un mínimo de un 5 % de recursos del FEDER asignados para dicho fin a escala nacional. La autoridad de gestión debe decidir, en colaboración con las autoridades urbanas, el alcance de cualquier delegación de tareas en dichas autoridades.

(20) El FEDER debe apoyar acciones innovadoras en el ámbito del desarrollo urbano sostenible, con objeto de identificar o probar soluciones nuevas en respuesta a cuestiones que están relacionadas con el desarrollo urbano sostenible y que son de interés para la Unión.

(21) Con el fin de fortalecer el desarrollo de capacidades, la interconexión en red y el intercambio de experiencias entre programas y organismos responsables de la aplicación de estrategias de desarrollo urbano sostenible y de acciones innovadoras en el ámbito del desarrollo urbano sostenible, y para complementar los pro-

tareas "para hacer frente a los retos económicos, ambientales, climáticos, demográficos y sociales que afectan a las zonas urbanas, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de promover los vínculos entre el ámbito urbano y el rural" (art. 7 Reg. UE 1301/2013). El Reglamento de los fondos FEDER también preveía la creación de una Red de desarrollo urbano para fomentar la interconexión y el intercambio de experiencias entre las autoridades urbanas encargadas de las estrategias de desarrollo urbano sostenible. A pesar de la evolución positiva, el hecho de que estemos hablando exclusivamente de medidas de apoyo económico, con un impacto limitado (un 5 % de los fondos) y sin base jurídica en los tratados, muestra que la articulación de medidas normativas, financieras y políticas coherentes con la vocación de integración que requieren estas estrategias aún exige recorrer un largo camino.

3
Los (débiles) derechos e intereses generales por los que vela el desarrollo urbano sostenible

El desarrollo sostenible está basado, por una parte, en un crecimiento territorial, ambiental y económicamente equilibrado, y, por otra, se asienta en la idea de la calidad sobre la cantidad, y, en consecuencia, un mayor respeto de los recursos ambientales, culturales, patrimoniales… De este modo no puede ser ajena al desarrollo sostenible la planificación pública (económica, territorial, urbanística, ambiental) que permita encauzar las decisiones privadas de forma que se respeten los valores mencionados y se eviten los abusos, o usos excesivos, propios de modelos de desarrollo que deben ser superados[16].

La sostenibilidad de las políticas públicas tiene como una de sus líneas de tensión el respeto al medio ambiente y al territorio, pero también se sustenta de forma clara en una idea de cohesión social y de respeto a los valores culturales y sociales propios. La insostenibilidad de ciertas formas de crecimiento se percibe de forma más palpable e injusta en los sectores más desfavorecidos de la sociedad, debido a la mayor dificultad que estos tienen para reaccionar frente a decisiones perjudiciales en su entorno más inmediato y, también, por la imposibilidad –fruto de su situación económica–

gramas y organismos existentes, es necesario establecer una red de desarrollo urbano a escala de la Unión.

16. Un concepto al que buscó dotar de contenido Loperena Rota, D., *Desarrollo sostenible y globalización*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

de adoptar medidas que palien o eviten las consecuencias de un desarrollo insostenible[17]. Jaria señala que el desarrollo sostenible reconfigura el Estado social tanto en su aspecto sincrónico –justicia entre contemporáneos sobre todo en el marco de la relación Norte-Sur– como en el diacrónico –preservación del medio ambiente para las generaciones futuras–, "contribuyendo a la eclosión de un paradigma constitucional emergente que amplía el constitucionalismo existencial y la vocación de justicia hacia un horizonte realmente universal"[18]. Por este motivo, no puede abordarse un estudio completo de las acciones en materia de sostenibilidad sin hacer mención a aquellas políticas públicas que realizan esfuerzos de cohesión social y de igualdad en las condiciones de vida de los ciudadanos en su relación con el territorio y el ambiente.

La propiedad principal que define las políticas de desarrollo urbano sostenible sería la "integración". Abordar de forma integrada un conjunto de aspectos (ambientales, sociales, económicos), que solo desde esa perspectiva conjunta alcanzan su plena potencialidad y permiten un cambio en el modelo de desarrollo. No obstante, es precisamente esa nota de integración la que ilustra las dificultades institucionales, competenciales y de prioridad política para que el desarrollo urbano sostenible pase de un rótulo que puede servir de paraguas a experiencias interesantes, pero fragmentarias y sectoriales, a una dinámica con enormes potencialidades para modificar las pautas de crecimiento global.

En el plano europeo, la voluntad de que se desarrolle como un "programa operativo específico o mediante un eje prioritario específico" de la financiación regional y la existencia de fondos para ello no debe ocultar una serie de elementos que obstaculizan caminar más allá. Por un lado, la propia ausencia de base legal en los tratados para las políticas urbanas, por lo que esta iniciativa es una derivación de la transversalidad de las políticas

17. En Estados Unidos esa realidad de "injusticia ambiental" hizo nacer un movimiento denominado *environmental justice* que ha llevado a la Agencia de Protección Ambiental (EPA) a constituir un consejo asesor para emitir recomendaciones para formular políticas al respecto. La EPA define la justicia ambiental como el trato justo y la implicación consecuente de todo el mundo, con independencia de su raza, color, origen nacional o ingresos, con respecto al desarrollo, implementación y ejecución de las normas y políticas ambientales. Se conseguirá si todos disfrutan del mismo grado de protección frente a los problemas medioambientales y de salud e igualdad de acceso a los procedimientos de toma de decisión para tener un medio ambiente saludable en el que vivir, aprender y trabajar (http://www.epa.gov/oecaerth/environmentaljustice/index.html).

18. Jaria Manzano, J., *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant lo Blanch, col. Alternativa, 2011, p. 240 (*vid.* en conjunto 228 y ss.).

ambientales en los fondos regionales sin una sustantividad o base jurídica autónoma. Por otro, la contradicción que está presente en el conjunto de la estrategia ambiental europea, más acentuada en los últimos tiempos, entre la adhesión cada vez más desacomplejada al impulso de un proyecto de globalización económica con pocos tintes ambientales y la conciencia de la necesidad de un cambio de modelo, que se queda en declaraciones de principios (como acabamos de ver recientemente con el pilar social europeo[19]) o medidas con un alcance muy reducido frente al ímpetu globalizador comercial. Se ha señalado por destacados conocedores del derecho ambiental europeo que desde 1991 ha habido un esfuerzo de desregulación ambiental, escondido bajo la bandera de la buena regulación con una orientación neoliberal, y que la primera generación de directivas con objetivos claros es un "paraíso perdido", sacrificado como víctima propiciatoria a favor de las estrategias de buena regulación con una lógica desregulatoria en la cual "la ley ha sido llamada a bajar de su pedestal para adherirse a los requerimientos del mercado"[20].

En efecto, estamos en un momento en que la institucionalización internacional fuerte de protección de los intereses comerciales contrasta con la débil institucionalización de la protección ambiental. Los tratados de libre comercio multipartitos recientes o en negociación (TTIP, CETA) son muestras evidentes del empuje de esa tendencia. También es un momento en que la política ambiental de la Unión Europea está en un *impasse*, sometida al crecimiento económico y dependiente de la política climática y energética. La situación de vulnerabilidad de las políticas ambientales en la Unión Europea viene potenciada también por el escaso compromiso de los Estados para lograr el cumplimiento de sus obligaciones en la protección del medio ambiente, y la sucesión de vías de excepcionamiento del ordenamiento ambiental, abriendo una suerte de doble baraja de reglas: un ordenamiento común para los pequeños contaminadores (ciudadanos en general, pequeñas empresas…) y un ordenamiento *premium* con numerosas excepciones procedimentales, legales, e incluso instancias para-judiciales/arbitrales especí-

19. El pilar social europeo se anuncia a finales de 2017 sin acompañamiento de medidas normativas de ningún signo, mientras que la Comisión Europea impulsa en paralelo la normativización de las medidas de austeridad. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/dombrovskis/announcements/european-parliament-topical-debate-fiscal-compact-and-its-incorporation-eu-legal-framework_en https://www.socialeurope.eu/social-pillar-time-principled-opposition-austerity-consensus.

20. Krämer, L., *EU Environmental Law*, Sweet&Maxwell, 2011, p. 425; Sadeleer, N., *EU Environmental Law and the internal market*, Oxford University Press, 2014, pp. 216-217.

ficas para las grandes corporaciones[21]. El examen de los programas de trabajo que anualmente presenta la Comisión Europea[22] permite apreciar que en materia de medio ambiente las iniciativas legislativas son reducidas, y se centran singularmente en la adaptación de textos previos en muchos casos enmarcados dentro de la estrategia REFIT[23], esto es, en una dinámica de simplificación y adelgazamiento que tiene tanto de mejora normativa como de estrategia desreguladora.

A nivel estatal, se puede percibir esa misma pugna entre el voluntarismo de la sostenibilidad y la preeminencia de los instrumentos al servicio del librecambismo inmunes a las necesidades de corte ambiental y social. Un examen de la legislación y jurisprudencia constitucional de los últimos años muestra una clara descompensación de las consideraciones ambientales frente a las económicas, y una impugnación (judicial y competencial) de las normas autonómicas/locales que buscan proteger el medio ambiente y los derechos sociales que son condición precisa para garantizar un desarrollo urbano sostenible. Jaria apunta que la noción de desarrollo sostenible, de hecho, se configura "como la idea fundamental para la asimilación de la crisis ambiental en el contexto del lenguaje jurídico hegemónico (…) intentando conjugar las aspiraciones de los países de la periferia de la economía mundial, articuladas en torno el derecho al desarrollo, con la nueva sensibilidad ambiental de las sociedades centrales, sin incidir en la estructura institucional del capitalismo global y su favorecimiento de la desregulación creciente en materia de comercio e inversiones"[24]. A nuestro juicio, efectivamente, el contexto actual es de una clara desigualdad institucional del peso de ambos polos y de las propias herramientas jurídicas que los tutelan. Algún autor, como Bustillo, defiende el valor que representa que por la vía jurisprudencial se ha construido un principio constitucional implícito al desarrollo sostenible que debe ser tenido en cuenta por los órganos judicia-

21. Esta idea se desarrolla más en extenso en Nogueira López, A., "*Pack premium* o *pack* básico. ¿Ordenamiento ambiental dual?", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 38, 2017.

22. *Commission Work Programme 2017, Delivering a Europe that protects, empowers and defends*, COM (2016) 710 final, Strasbourg, 25.10.2016.

23. http://ec.europa.eu/smart-regulation/refit/refit-platform/index_en.htm. Un estudio crítico en Van Den Abeele, E., "The EU's REFIT strategy: a new bureaucracy in the service of competitiveness?", European Trade Union Institute (ETUI), *Working Paper 2014.05*.

24. Jaria Manzano, J., "Constitución, desarrollo y medio ambiente en un contexto de crisis", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, n.º 1, 2017, p. 11.

les en un ejercicio de ponderación de los intereses en conflicto[25]. Sin embargo, la virtualidad integradora inherente al concepto de desarrollo sostenible queda en gran medida desactivada si su principal plasmación es servir como guía para la ponderación de intereses en procedimientos judiciales en los que se confronten, fundamentalmente, intereses económicos y ambientales. La nota de integración exige un cambio en el diseño de políticas públicas (urbanas, regionales, estatales…) en que se tome en consideración los aspectos ambientales, sociales y económicos. Para ello es preciso remover obstáculos de naturaleza normativa y competencial que dificultan ese abordaje integral de los problemas.

La preeminencia de las razones económicas (ordenación general de la economía, unidad de mercado, bases en materia energética, ordenación del sistema bancario…) sobre los títulos materiales y competenciales de medio ambiente, vivienda o protección social, dificulta el avance de políticas de desarrollo urbano sostenible integrales o que precisen de medidas de intervención administrativa constrictivas. El propio reforzamiento de la sostenibilidad económica frente a la sostenibilidad ambiental, y la merma de la autonomía local en la reciente reforma del régimen local por la Ley 27/2013, son indicativos de la ambivalencia que existe entre las declaraciones programáticas a favor de la sostenibilidad y los mecanismos normativos, cooperativos y metodológicos existentes para ponerla en práctica.

La sostenibilidad urbana exige un cambio de enfoque en los mecanismos de gobernanza y en la forma de abordar las políticas públicas, porque la integración exigida choca con un marco jurídico que confunde, como indica Alonso Ibáñez, integración con "tener en cuenta simultáneamente aspectos sociales, económicos o ambientales" sin una modificación en la metodología de intervención que implique una coordinación horizontal, vertical y temporal[26]. Una constatación parecida con respecto a las políticas climáticas es a la que llega Galera, que sostiene que existe un eslabón perdido entre las políticas macro (planes estatales) y micro (medidas edificatorias), que requiere incorporar un "mesonivel" que pivotaría sobre la planificación urbanística, territorial y de objetivos energéticos regional y

25. Bustillo Bolado, R., "El desarrollo sostenible como concepto jurídico y como principio constitucional", en Bustillo Bolado, Gómez Manresa, *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas,* Aranzadi, 2014, pp. 42-43.

26. Alonso Ibáñez, R., "Marco jurídico para el urbanismo social y participativo", en Gifreu, J., Bassols, M., Menéndez Rexach, Á. (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, INAP-Fundación Democracia y Gobierno Local, 2016, p. 197.

local, para lo que también hay que transitar hacia modelos de gobierno multinivel, cooperativos[27].

Mientras las estrategias de desarrollo urbano sostenible se limiten a medidas de fomento o a experiencias muy acotadas en su alcance pueden tener un cierto recorrido, pero si existe un enfoque integral en su diseño van a precisar instrumentos o usar competencias que están encontrando severas dificultades para vehiculizarse (fiscalidad, expropiación de vivienda vacía o abandonada, limitación de usos de la vivienda, reutilización de materiales…), sacrificados en favor de otros intereses dotados de mecanismos de protección más fuertes o en manos de otras instancias, singularmente la estatal, con unas prioridades distintas. Curugullo, tras un estudio de modelos de *smart cities* y ciudades sostenibles, apunta que estos modelos llevarían a un *urbanismo Frankenstein*, simbolizando la imposibilidad de casar elementos contradictorios entre sí, ya que en entornos de economía capitalista cuando existe contradicción entre dos elementos prevalece el que económicamente da más réditos; y señala también que los ensayos existentes son demasiado fragmentarios y fallan en su aplicación a una escala más amplia[28]. O, como gráficamente apunta Santamaría Arinas en relación con la economía circular, "no está de más advertir con qué facilidad se acuñan en este tipo de documentos políticos nociones que desde una concepción positivista del derecho podrían considerarse, más que *soft law*, 'gaseosa jurídica', si se permite la expresión, incapaz de influir lo más mínimo en el quehacer diario de los guardianes de la ortodoxia que impone la, al parecer, única economía verdadera;

27. Galera Rodrigo, S., "Políticas locales de clima: una razón (adicional) para renovar la planificación (¿local?) en España", en Gifreu, J., Bassols, M., Menéndez Rexach, Á. (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, INAP-Fundación Democracia y Gobierno Local, 2016, pp. 490-493.

28. Curugullo, F., "Exposing smart cities and eco-cities: Frankenstein urbanism and the sustainability challenges of the experimental city", *Environment and Planning*, 0(0) 1-20, 2017, p. 14. Martínez Gutiérrez, R., "EI impacto de las *smart cities* en la tutela ambiental y en la planificación urbana", en Piñar Mañas, J. L., *Smart cities. Derecho y técnica para una ciudad más habitable*, Ed. Reus, Madrid, 2017, pp. 68-69, apunta la conexión de las *smart cities* con la sostenibilidad ambiental en la medida en que las soluciones tecnológicas son clave para la eficiencia ambiental y la mejora de la calidad de vida. Esa misma conexión la establece Valero Torrijos, J., "Sostenibilidad y gestión de la información en las ciudades inteligentes (*smart cities*): apuntes para un debate desde la perspectiva jurídica", en Bustillo Bolado, Gómez Manresa, *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas*, Aranzadi, 2014.

papel que en España habría asumido el Ministerio de Hacienda (más incluso que el de Economía)"[29].

4
Obstáculos competenciales, organizativos y procedimentales

Traducir esas estrategias desiderativas en programas normativos y obligaciones jurídicas es el salto necesario para hacer realidad unos análisis que, no por evidentes, encuentran fácil traslación real. Para ello existe un conjunto de obstáculos de diversa índole que conviene tener presentes.

Desde una perspectiva institucional o competencial, el desarrollo urbano sostenible singulariza un *topos* que no necesariamente dispone de las herramientas competenciales y jurídicas para abordar transversalmente el conjunto de retos que se plantean: integración social, mejora ambiental, desarrollo integrado. De hecho, este parece ser el principal condicionante para la puesta en práctica de estrategias ambiciosas desde el plano local: la falta de encaje entre las declaraciones genéricas de compromiso con el desarrollo urbano sostenible que se encuentran en los textos europeos y/o estatales, y la remoción de los obstáculos legales y competenciales que impiden poner en práctica medidas concretas para impulsarlo. O, por enunciarlo de otro modo, la distancia que hay entre los enunciados programáticos por la sostenibilidad y la potencia envolvente que tienen las consideraciones de mercado en la configuración normativa e institucional, que impulsan singularmente los niveles políticos europeo y estatal.

Las dificultades competenciales que pueden encontrar las estrategias de desarrollo urbano sostenible son diversas, como se ha apuntado por diversos autores y autoras. Rodríguez-Chaves señala que el impulso de iniciativas como la de economía circular y la lucha contra el cambio climático encuentran un "grave impedimento" por "la deficiencia competencial, la escasa atribución de competencias y potestades, sobre todo normativas, para poder hacer frente con eficacia a este reto"; y en España apunta la necesidad de proceder a una reforma de la atribución competencial a los municipios en sentido contrario a

29. Santamaría Arinas, R., "¿Hacia la economía circular europea sin los municipios? Una crítica sectorial de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014, p. 2677.

la operada por la LRSAL[30]. Para Casado i Casado, esta reforma de la legislación local no ha servido para clarificar las competencias ambientales, y provoca una reducción del ámbito de actuación que con carácter básico se reconoce a los municipios, aunque no estima que "la concreción que se efectúa del 'medio ambiente urbano' tenga carácter limitativo"[31]. Galera sí que entiende que la referencia de la LRSAL al "medio ambiente urbano" tiene trascendencia, ya que remite a una "concepción superada" que se une a la omisión de referencias a competencias locales necesarias para implantar las estrategias europeas energéticas (p. ej., energías renovables). Probablemente porque se centra sobre todo en el análisis sobre el aspecto "micro", edificatorio/régimen de la propiedad, en relación con los retos climáticos, Simou aprecia que "los Gobiernos locales gozan de competencias suficientes –atribuidas por la legislación sectorial urbanística y medioambiental– para ordenar la ciudad conforme a criterios respetuosos con el clima", en concreto, la imposición de cargas a los propietarios dentro de unos límites para acondicionar las viviendas y ordenar el conjunto de la ciudad conforme a esos retos[32].

A nuestro juicio, existe un cierto margen de acción local para hacer frente a estas políticas con las herramientas competenciales actuales, pero también es posible apreciar que hay medidas que encuentran obstáculos complejos de salvar si no existe una sintonía entre los distintos niveles de legislación y gobierno (p. ej., fiscalidad sobre viviendas vacías; protección del comercio de proximidad; reutilización de residuos…). Además, las competencias locales son insuficientes para abordar los retos de las nuevas políticas ligadas a la descarbonización, lucha contra el cambio climático y economía circular. Parece claro que se necesita tanto otro enfoque competencial como un nuevo diseño de las fórmulas de cooperación y participación multinivel. Para eso puede ser de utilidad tener presente que los principios del ordenamiento europeo, integración, prevención, precaución, deben traducirse en mandatos jurídicos que sean compatibles con las exigencias estructurales del desarrollo sostenible[33].

30. Rodríguez-Chaves Mimbrero, B., "Medio ambiente urbano", en Velasco Caballero, F., *Anuario de Derecho Municipal 2016,* Marcial Pons-UAM, Madrid, 2017, p. 320.

31. Casado i Casado, L., "Las competencias ambientales de las entidades locales: luces y sombras tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 32, p. 272.

32. Simou, S., "La configuración filoclimática del derecho de propiedad", *InDret*, 3/2017, p. 56.

33. Una reflexión en torno a la implicación de los principios europeos en la articulación de la economía circular por los entes locales en Santamaría Arinas, *op. cit,* p. 2680. Esteve Pardo, J., *El desconcierto del Leviatán*, Marcial Pons, 2009, pp. 141 y ss., desa-

Parece ser en el ámbito de la legislación urbanística donde podemos encontrar una realidad más palpable de modificación de nuestro entorno desde un enfoque de sostenibilidad, quizás como consecuencia de la singularidad del planeamiento urbanístico frente a otros ejemplos de planificación pública en otros sectores materiales que no están dotados de la fuerza transformadora o de los efectos jurídicos que se derivan de los planes urbanísticos. La posibilidad de visualizar más claramente el principio de sostenibilidad en el ordenamiento urbanístico tiene también un componente de fijación de criterios materiales para el control de la legalidad urbanística. Desdentado Daroca señala que el principio de sostenibilidad ambiental es un elemento clave, incluso, para la reducción de la discrecionalidad urbanística[34]. La búsqueda de una configuración urbana más compacta que reduzca el transporte y el consumo de energía; las políticas de rehabilitación de zonas degradadas en lugar de la construcción de nuevas edificaciones; la integración en el planeamiento urbanístico de medidas que atenúen problemas ambientales relevantes[35] (abastecimiento de aguas y recogida de aguas residuales; residuos; ruidos; contaminación lumínica; transporte), son algunos de los elementos que, bien a través de normas sectoriales (Ley del Ruido, Ley de Aguas, Ley del Suelo…), bien a través de instrumentos de sostenibilidad transversales –evaluación ambiental estratégica–, encuentran su acomodo en la planificación urbanística.

rrolla una reflexión sobre el principio de precaución, y plantea que la crítica central que se le debe plantear es que supone "la renuncia por parte del derecho de los modelos de decisión y regulación que le son propios, para entregar esas facultades a una ciencia que no ha tenido que construir, porque ese no es su cometido, fórmulas o expedientes de decisión y regulación".

34. Desdentado Daroca, E., "El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?", III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, febrero 2008. Así, afirma que "la ordenación urbana ha de ser coherente con la necesidad de utilización racional y eficiente del suelo optando por soluciones que eviten un crecimiento urbano desordenado e incoherente y se inclinen por ciudades densas, con un uso mixto del suelo, la reutilización de solares y edificios vacíos, así como la renovación o rehabilitación de los ya existentes con preferencia al incremento de la construcción en terrenos vírgenes. Por otro lado, el principio de sostenibilidad ambiental también pone de relieve la necesidad de tomar conciencia de que el desarrollo urbanístico y la actividad de urbanización y construcción tienen unos efectos medioambientales no solo de carácter general sino también específicos sobre bienes tales como la costa o el agua, que pueden y deben tomarse en consideración en el momento de la elaboración y aprobación de los instrumentos de planificación".

35. En esta línea se pronuncian la Estrategia Territorial Europea y la Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano del año 2006.

Además de la perspectiva competencial, se ha señalado la dificultad de diseñar objetivos de desarrollo urbano sostenible por la ausencia de indicadores válidos, fiables y comparables que permitan contrastar la situación de partida y la evolución en la consecución de los objetivos que se formulen. Generalmente los indicadores disponibles se desglosan a nivel nacional o regional (p. ej., empleo, pobreza, emisiones, consumo de agua…), siendo difícil encontrar datos afinados para muchos parámetros relevantes a nivel local[36]. Se indica que la revolución tecnológica y la estrategia de *smart cities* tienen la potencialidad de abrir nuevas perspectivas[37], pero este es un elemento que aún limita el paso de la fase de enunciado de problemas y objetivos a la posibilidad de monitorizar el cumplimiento[38]. El texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana incorpora una disposición para desarrollar un "sistema de información urbana" para un medio urbano sostenible en una de sus disposiciones adicionales[39]. La previsión que se incluye repite, significativamente, algunos de los problemas que hemos se-

36. De hecho, los indicadores que sirven para cuantificar las estrategias diseñadas para acceder a los fondos DUSI que derivan del FEDER son un claro ejemplo de estos problemas. Una buena parte de los indicadores que se manejan son de alcance regional y no local: http://www.rediniciativasurbanas.es/NR/rdonlyres/EFED876C-9E2C-4C89-9880-C17D7D3BACB2/140436/CatalogoindicadoresderesultadoFEDER20142021.pdf.

37. Klopp, J. M., Petretta, D. I., "The urban sustainable development goal: Indicators, complexity and the politics of measuring cities", *Cities*, 63, 2017, pp. 92-97.

38. Canals Ametller, D., en *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*, Documenta universitaria, Girona, p. 47, y "La evaluación retrospectiva de la norma jurídica: evaluación del cumplimiento y aplicación del derecho administrativo", *X Seminario de Teoría y Metodología del Derecho Público* (*STEM*), Madrid, 24 de noviembre de 2017, ha señalado la dificultad de hacer una evaluación adecuada de políticas públicas y de calidad y cumplimiento normativo por la ausencia de una tradición de indicadores y mecanismos organizativos.

39. *Disposición adicional primera. Sistema de información urbana y demás información al servicio de las políticas públicas para un medio urbano sostenible.*

1. Con el fin de promover la transparencia y para asegurar la obtención, actualización permanente y explotación de la información necesaria para el desarrollo de las políticas y las acciones que le competan, la Administración General del Estado, en colaboración con las comunidades autónomas, definirá y promoverá la aplicación de aquellos criterios y principios básicos que posibiliten, desde la coordinación y complementación con las Administraciones competentes en la materia, la formación y actualización permanente de un sistema público general e integrado de información sobre suelo, urbanismo y edificación, comprensivo, al menos, de los siguientes instrumentos:

a) Censos de construcciones, edificios, viviendas y locales desocupados y de los precisados de mejora o rehabilitación. Los Informes de Evaluación de los

ñalado. Por un lado, la información que, al menos, será incluida es la del censo de construcciones y los mapas de ámbitos deteriorados, aportando unos datos muy parciales en términos de sostenibilidad. Por otro, la forma de elaborarlo parte de una posición de preeminencia de la Administración General del Estado, que además generará un "derecho a obtener por medios electrónicos toda la información urbanística proveniente de las distintas Administraciones, respecto a la ordenación del territorio llevada a cabo por las mismas", en una dinámica que parece alejada de la búsqueda de mecanismos de carácter cooperativo multinivel.

La búsqueda de una visión integradora coherente con la sostenibilidad, podría también dar un papel relevante a las diversas evaluaciones de impacto (normativo, de género, ambiental, estratégico…) que se han ido incorporando a nuestra legislación reciente para colaborar en el proceso de decisión administrativa, especialmente aquellas que se incardinan en procesos de planificación o normativos[40] y no de decisión de proyectos concretos. Conjuntamente pueden servir para introducir consideraciones transversales de

Edificios regulados en los artículos 29 y 30 servirán para nutrir dichos censos, en relación con las necesidades de rehabilitación.

b) *Mapas de ámbitos urbanos deteriorados, obsoletos, desfavorecidos o en dificultades, precisados de regeneración y renovación urbanas, o de actuaciones de rehabilitación edificatoria.*

c) *Un sistema público general e integrado de información sobre suelo y urbanismo, a través del cual los ciudadanos tendrán derecho a obtener por medios electrónicos toda la información urbanística proveniente de las distintas Administraciones, respecto a la ordenación del territorio llevada a cabo por las mismas.*

2. *Se procurará, asimismo, la compatibilidad y coordinación del sistema público de información referido en el apartado anterior con el resto de sistemas de información y, en particular, con el Catastro Inmobiliario.*

40. Sobre la evaluación de impacto normativo, *vid.* Ponce Solé, J., "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones", *RAP*, 162, 2003, y "¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial", *RAP*, 180, 2009; Doménech Pascual, G., "El seguimiento de normas y actos jurídicos", *RAP*, 167, 2005; Canals i Ametller, D., "Mejora normativa y reducción de cargas administrativas", *Informe de Comunidades Autónomas 2009*, Instituto de Derecho Público-UB. Para un análisis de las previsiones y alcance de la Ley 39/2015, *vid.* González Bustos, M.ª Á., "Principios de buena regulación y evaluación de su cumplimiento", en Gamero Casado (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, T. II, pp. 2551-2580.

sostenibilidad en normas y planes centrales para la implementación del desarrollo urbano sostenible.

No obstante, existen tres limitaciones importantes para que jueguen este papel. En primer lugar, la propia naturaleza jurídica de algunos de estos trámites como informes no vinculantes en la toma de decisiones administrativas (p. ej., evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica). A pesar del empeño del preámbulo de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, en destacar los aspectos novedosos sobre esta naturaleza jurídica, lo cierto es que su calificación como trámites "determinantes" pero no vinculantes limita su alcance y el impacto de sus consideraciones a trámites necesarios que obligan a extremar la motivación de las decisiones, o introducen un plus procedimental en caso de contradicción con sus consideraciones, pero que no impiden que la Administración se aparte de ellos[41]. En parecidos términos, en relación con la evaluación

41. Como novedad, cabe destacar que por primera vez se define la naturaleza jurídica tanto de los procedimientos ambientales como de los pronunciamientos ambientales, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada al respecto durante los años de vigencia de esta legislación.

Por lo que se refiere a los primeros, la evaluación ambiental estratégica y la evaluación de impacto ambiental se califican como "procedimiento administrativo instrumental" con respecto al procedimiento sustantivo y sectorial de aprobación o adopción de los planes y programas o de la autorización de los proyectos.

Por su parte, los pronunciamientos ambientales, es decir, la declaración ambiental estratégica, el informe ambiental estratégico, la declaración de impacto ambiental y el informe de impacto ambiental, tienen la naturaleza jurídica de un informe preceptivo y determinante. El carácter determinante de los pronunciamientos ambientales se manifiesta en una doble vertiente, formal y material. Desde el punto de vista formal o procedimental, el carácter determinante de los pronunciamientos ambientales implica que no es posible continuar con la tramitación del procedimiento sustantivo en tanto este no se evacue.

Desde el punto de vista material, esto es, en cuanto a la vinculación de su contenido para el órgano que resuelve, el carácter determinante de un informe supone, conforme a la reciente jurisprudencia, que el informe resulta necesario para que el órgano competente para resolver pueda formarse criterio sobre las cuestiones a las que el propio informe se refiere.

Este carácter determinante se materializa en el mecanismo previsto en esta Ley para la resolución de discrepancias, de manera que el órgano sustantivo está determinado por el condicionado de los pronunciamientos ambientales, pudiendo apartarse motivadamente solo en el ámbito de sus competencias y planteando la correspondiente discrepancia ante el Consejo de Ministros o el Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma correspondiente, o en su caso, el que dicha comunidad haya determinado.

Los pronunciamientos ambientales en sí mismos no serán recurribles, si bien sí lo serán, como no puede ser de otra manera si se quiere evitar la indefensión, los pronunciamientos

de impacto de género, Alonso, Diz y Lois indicaban que un factor determinante para su incorporación exitosa estaba en su obligatoriedad, unida a la existencia de personas convencidas de su utilidad en posiciones clave y a los procesos de aprendizaje entre países y/o niveles de Gobierno[42].

En segundo término, la propia calidad de estos informes. La escasa tradición de evaluación de políticas públicas y normas que existe en nuestro país, y la dificultad ya señalada de contar con elementos fácticos, indicadores y datos fiables, convierten en muchas ocasiones estos documentos en una sucesión de declaraciones apodícticas que buscan confirmar la opción planificatoria o legislativa realizada, pero sin elementos de contraste reales.

En tercer lugar, la ausencia de consecuencias jurídicas por la omisión de estas evaluaciones, que en los últimos tiempos va entorpeciendo una jurisprudencia más incisiva en cuanto a la validez de decisiones adoptadas omitiéndolas[43], aunque con matices[44], y con una práctica subsecuente que busca sortear los efectos de la anulación más que corregir el problema de ausencia de evaluación: diferenciar en dos documentos la planificación urbanística, preservar la validez de trámites y documentos (Navarra) o de la planificación de detalle (Canarias), o articular procedimientos exprés de recuperación de proyectos paralizados por la anulación del planeamiento (Galicia).

del órgano sustantivo en virtud de los cuales se aprueben o adopten los planes o programas o se autoricen los proyectos, en los que se incorporan los pronunciamientos ambientales.

42. Alonso Álvarez, A., Diz Otero, I., Lois González, M., "La influencia de las políticas públicas de igualdad en la toma de decisiones: un análisis de los informes de impacto de género", *Revista Española de Ciencia Política* (*RECP*), 24, 2010.

43. Una STSJ Madrid de 19 de abril de 2017 anulaba el planeamiento urbanístico de Boadilla del Monte por omitir el informe de impacto de género.

44. En general, sobre esta cuestión, Ruiz de Apodaca, Á., "El preceptivo sometimiento de la planificación urbanística a evaluación ambiental estratégica. No es un simple trámite más", en Gifreu, J., Bassols, M., Menéndez Rexach, Á. (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé* Prunés, INAP-Fundación Democracia y Gobierno Local, 2016, pp. 593 y ss.

Ramos Medrano, J. A., en "Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no realizar la evaluación ambiental estratégica (EAE)", *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 73, 2.11.2017, y de forma más concreta sobre los recursos hídricos, en "Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no justificar la disponibilidad de recursos hídricos", *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 67, 3.4.2017, realiza un exhaustivo repaso y recopilación de la jurisprudencia existente en estos dos ámbitos y de las soluciones que se están apuntando en la normativa autonómica para "sortear" los efectos sobre la anulación de planeamiento urbanístico.

Además, la jurisprudencia que se va produciendo pone su foco esencialmente sobre los planes o normas que omiten totalmente estos informes, memorias o trámites, pero resulta más difícil encontrar pronunciamientos igualmente contundentes cuando el informe es claramente insuficiente o prácticamente inexistente. Así, en las memorias de impacto de género es muy común la práctica puramente formal de inclusión de un documento que tan solo evidencie que el plan o norma concernida no tiene ningún impacto. El Tribunal Supremo ha aceptado así, por ejemplo, la no realización de una memoria de impacto de género, por entender que este es nulo en relación con el Reglamento de Costas, ya que "la recurrente no ha puesto de manifiesto la existencia de argumento alguno para desmontar el juicio contenido en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del RGC en el sentido de que la incidencia del mismo en las políticas de género no sea 'nulo'" (STS de 27 de octubre de 2016). A la par que, en la STS de 23 de diciembre de 2015, se mantenía que si el impacto de género era neutral bastaba con indicarlo sin extenderse, y aun existiendo la necesidad de realizarlo, "nos encontraríamos en último caso, ante un defecto de forma que no ha causado indefensión y que en consecuencia no daría lugar a la anulación del Decreto por este motivo".

5
Buenas prácticas para un desarrollo urbano sostenible y activismo para la primacía del viejo modelo intensivo en recursos

Un examen de algunas experiencias interesantes desde la perspectiva del desarrollo urbano sostenible, aunque fragmentarias en su alcance, permite apreciar con más claridad algunos de los problemas más generales que hemos señalado, y que deben ser solucionados para que estas estrategias tengan un enfoque realmente integrado y desplieguen toda su potencialidad.

Movilidad, circularidad, cambio climático, vivienda, integración social, lucha contra la exclusión, necesitan de políticas urbanas integradas para hacer entornos sostenibles. Hacer ciudades para todos en las que se pueda andar con seguridad, jugar, ocupar el espacio público, revitalizar el comercio de proximidad, tener una vivienda digna, respirar un aire sano, limitar el consumo de materiales y la producción de residuos, luchar contra la exclusión, requiere una batería de medidas diversas, pero con nexos de conexión entre sí. Una ciudad compacta en cuanto a la movilidad exige una planificación de vivienda que no tenga bolsas de viviendas abandonadas o vacías en los centros urbanos, en la que convivan usos y que no expulse al

extrarradio a los sectores con menos poder adquisitivo. Parece difícil avanzar hacia la circularidad de la economía si no se potencia la reparación de productos (comercio de proximidad), la reutilización y el reciclaje, también de materiales de construcción, o se impulsan actividades de ecodiseño (desarrollo económico). Los colectivos más vulnerables –ancianos, niños, mujeres, sin techo– requieren un urbanismo, políticas de vivienda y sociales, con un enfoque específico, con servicios públicos y comercio de proximidad, con un diseño de los espacios urbanos que no los expulse, sea inseguro o poco accesible. El desarrollo urbano sostenible para construir estrategias integradoras tiene que partir sustancialmente de las competencias locales en materia de urbanismo, residuos y abastecimiento y tratamiento de aguas, y en materia social.

5.1 Contratación pública responsable

Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública pueden ser un instrumento potente para avanzar hacia un desarrollo urbano sostenible. El enorme volumen de recursos públicos que se destinan a contratar servicios, obras, suministros, debe ser canalizado de forma que además de un uso eficiente del dinero se busque que las prestaciones objeto del contrato incorporen el respeto por el medio ambiente y/o la protección social. No obstante, las llamadas a una utilización estratégica de la contratación pública chocan con la subordinación "a las exigencias del mercado único en el orden de valores comunitario"[45]. La contratación pública no es solo una actividad económica sometida a las normas de libre competencia, sino que es "un instrumento de política económica y social", por lo cual, inevitablemente, la valoración de criterios de igualdad de género, empleo o sociales puede provocar conflictos con los potenciales licitadores[46]. Efectivamente,

45. Aymerich Cano, C., "Crisis económica y contratación pública", en Pernas (dir.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2013, p. 87.

46. Sánchez Morón, M., "Discriminación positiva por razón de género y adjudicación de contratos públicos", *Justicia Administrativa*, n.º 58, 2012, p. 8. Hay voces que advierten de que la "contratación pública puede no resultar idónea siempre para la consecución de fines sociales, pues no está diseñada para ello, sino principalmente para alcanzar objetivos de eficacia y eficiencia económica"; *vid.* Bernal Blay, M. Á., "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", *Monográfico núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública,* 2008, p. 2014.

la normativa de contratación pública ha buscado principalmente que esta funcione de forma transparente, para garantizar, por un lado, la igualdad y no discriminación de las empresas que aspiran a ejecutar los contratos públicos, y por otro, la máxima eficiencia en el uso del presupuesto público. En cierto modo, la introducción de criterios sociales en la contratación es una suerte de postizo que encuentra dificultades para superar los obstáculos que implica esa visión fundamentalmente economicista. La clara primacía del derecho de la competencia sobre las consideraciones sociales, "desmesurado al actuar como un criterio casi excluyente de la acción pública", obvia que estas consideraciones emanan de la cláusula social constitucionalmente protegida[47].

Es cierto que la normativa europea de contratación pública e interna ha dado pasos para introducir la perspectiva social en los contratos públicos, pero también que el impacto de estos cambios es limitado e, incluso, insuficiente en su alcance. Un aspecto clave para la inclusión de cuestiones sociales ligadas al empleo, la igualdad o la sostenibilidad en la normativa de contratación pública es buscar su encaje en los procedimientos de licitación. La corta experiencia existente muestra que dependiendo de la fórmula escogida las Administraciones encuentran más o menos dificultades jurídicas de implementación, y obliga a observar una serie de requisitos para evitar riesgos que puedan hacer inviables sus efectos. La potencialidad que tiene la contratación con criterios sociales requiere sortear una normativa con ambigüedades, un entorno institucional reticente y un contexto empresarial que opone franca resistencia. La insistencia, de la jurisprudencia y legislación europea, en el criterio de conexión con el objeto del contrato, limita el alcance de estas cláusulas. Es por eso que diseñar adecuadamente los procedimientos de contratación se convierte en un aspecto clave para evitar recursos o anulaciones de contratos que implementan cláusulas sociales o ambientales.

Así, por ejemplo, la Resolución 256/2017 de 19/09/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid estima el recurso contra los pliegos de un contrato de suministro de electricidad, al no ser adecuado un criterio de valoración consistente en la posesión de una etiqueta de emisiones del CO_2 de las fuentes de origen de la electricidad suministrada por la comercializadora, al estar prevista como condición técnica la certificación del origen de la energía renovable. En cambio, de forma favorable a crite-

47. González García, J. V., "Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública", *Revista Española de Derecho Europeo*, octubre-diciembre 2015, p. 18.

rios ambientales en los pliegos en relación con la generación de residuos, ese mismo Tribunal, en la Resolución 244/2016 de 16/11/2016, desestima un recurso contra pliegos de un contrato de suministro de productos de fluidoterapia en que se exigían determinadas formas de presentación (envases) justificadas en la gestión medioambiental de residuos.

En materia social, se acepta usar como un criterio de valoración para la adjudicación que la empresa disponga de un plan de formación y de un plan de conciliación, ya que "la promoción de unas condiciones laborales que permitan la conciliación entre la vida laboral y familiar, además de constituir un objetivo estratégico de los poderes públicos en general, redunda en una mejor realización de las funciones por parte de los trabajadores afectados y todo ello ha de tener una relación directa con la calidad del servicio que se va a prestar" (Res. 16/2016 TACP Madrid). En parecidos términos se expresa la Res. 80/2016 TACP Aragón en relación con la valoración de un plan social, añadiendo que, "es más, se garantiza una mejor eficiencia social que preserva las exigencias constitucionales de políticas sociales activas". La calidad de la prestación por el contratista es también el argumento que se vincula a la valoración del mantenimiento de la retribución de los empleados evitando la precarización, y cuya duración debería mantenerse todo el contrato (Acuerdo 72/2016 TACP Aragón). Las cuestiones laborales de cumplimiento de retribuciones del convenio o subrogación de empleados, si están previstas en los convenios o existe previsión legal, también pueden ser contempladas para valorar adecuadamente el contrato (Acuerdo 72/2016 TACP Aragón, que cita una sentencia de la Audiencia Nacional de 25.3.2015).

Las cláusulas ambientales y sociales abren, pues, posibilidades de que las estrategias de desarrollo urbano sostenible permeen la contratación pública. Existe un amplísimo abanico de medidas coherentes con la sostenibilidad que pueden ser impulsadas desde la contratación pública: mejores condiciones sociales y de igualdad para los trabajadores, por ejemplo, salariales, planes de igualdad y conciliación, mantenimiento del empleo; integración económica de personas excluidas o discapacitadas; reutilización de productos, como los residuos de construcción[48]; potenciación de la producción ecológica y la relación urbano-rural de proximidad con alimentos ecológicos en comedores escolares; aumento de la flota de vehículos de transporte público con menor impacto ecológico, etc.

48. Aprovechando las previsiones de la Orden APM/1007/2017, de 10 de octubre, sobre normas generales de valorización de materiales naturales excavados para su utilización en operaciones de relleno y obras distintas a aquellas en las que se generaron.

5.2
Vivienda

En materia de vivienda, el Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana apunta que el objeto de la Ley es "un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes" (art. 1), mientras que el artículo 3 señala toda una serie de objetivos de las políticas públicas de suelo para contribuir a un desarrollo sostenible[49]. Ese listado de objetivos que habla de "movilidad en coste y tiempo razonable", de ocupación

49. *Artículo 3. Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible.*
   1. *Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las leyes.*
   2. *En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo en particular a:*

   a) *La eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje.*
   b) *La protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística.*
   c) *La prevención adecuada de riesgos y peligros para la seguridad y la salud públicas y la eliminación efectiva de las perturbaciones de ambas.*
   d) *La prevención y minimización, en la mayor medida posible, de la contaminación del aire, el agua, el suelo y el subsuelo.*

   3. *Los poderes públicos formularán y desarrollarán, en el medio urbano, las políticas de su respectiva competencia, de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que, esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional. En particular:*

   a) *Posibilitarán el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e integrado socialmente, provisto del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminen o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y mejoren su gestión.*

de viviendas vacías, de "uso turístico responsable", de "aproximación de servicios, dotaciones y equipamientos a la comunidad residente", debería

b) Favorecerán y fomentarán la dinamización económica y social y la adaptación, la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso.

c) Mejorarán la calidad y la funcionalidad de las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos al servicio de todos los ciudadanos y fomentarán unos servicios generales más eficientes económica y ambientalmente.

d) Favorecerán, con las infraestructuras, dotaciones, equipamientos y servicios que sean precisos, la localización de actividades económicas generadoras de empleo estable, especialmente aquellas que faciliten el desarrollo de la investigación científica y de nuevas tecnologías, mejorando los tejidos productivos, por medio de una gestión inteligente.

e) Garantizarán el acceso universal de los ciudadanos, de acuerdo con los requerimientos legales mínimos, a los edificios de uso privado y público y a las infraestructuras, dotaciones, equipamientos, transportes y servicios.

f) Garantizarán la movilidad en coste y tiempo razonable, la cual se basará en un adecuado equilibrio entre todos los sistemas de transporte, que, no obstante, otorgue preferencia al transporte público y colectivo y potencie los desplazamientos peatonales y en bicicleta.

g) Integrarán en el tejido urbano cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social.

h) Fomentarán la protección de la atmósfera y el uso de materiales, productos y tecnologías limpias que reduzcan las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero del sector de la construcción, así como de materiales reutilizados y reciclados que contribuyan a mejorar la eficiencia en el uso de los recursos. También prevendrán y, en todo caso, minimizarán en la mayor medida posible, por aplicación de todos los sistemas y procedimientos legalmente previstos, los impactos negativos de los residuos urbanos y de la contaminación acústica.

i) Priorizarán las energías renovables frente a la utilización de fuentes de energía fósil y combatirán la pobreza energética, fomentando el ahorro energético y el uso eficiente de los recursos y de la energía, preferentemente de generación propia.

j) Valorarán, en su caso, la perspectiva turística, y permitirán y mejorarán el uso turístico responsable.

k) Favorecerán la puesta en valor del patrimonio urbanizado y edificado con valor histórico o cultural.

l) Contribuirán a un uso racional del agua, fomentando una cultura de eficiencia en el uso de los recursos hídricos, basada en el ahorro y en la reutilización.

La persecución de estos fines se adaptará a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística.

abrir un amplio campo de actuación para la consolidación de un desarrollo urbano sostenible[50]. De forma coherente con esos objetivos, distintas iniciativas locales recientes han adoptado medidas de planificación urbana para atacar algunos de los problemas indicados.

En concreto, la cuestión de la vivienda vacía se ha intentado abordar por la vía de ordenanzas fiscales con una fiscalidad más dura. Sin embargo, estos intentos han encontrado un obstáculo infranqueable en la omisión, por parte del Estado, del desarrollo reglamentario de la previsión existente en el artículo 72.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, que establece la posibilidad de aplicar un recargo de hasta el 50 % de la cuota del impuesto a aquellas viviendas que se entienden desocupadas. Tan solo en el País Vasco, por su régimen fiscal específico, parece posible este tipo de enfoque en tanto el Gobierno central no desarrolle la definición de "vivienda vacía"[51].

Otra cuestión que ha irrumpido recientemente en la planificación urbana es la del alojamiento turístico gestionado a través de plataformas digitales (AirBnB…), por su impacto tanto en los precios de los alquileres como en el cambio de usos de determinadas zonas urbanas con la desaparición de servicios de proximidad, o como por la afectación de las relaciones de vecindad. Las estrategias adoptadas para abordar esta problemática son diversas. En general la legislación autonómica ha optado por canalizarlo como un problema "turístico" y de competencia desleal dentro del sector, aprobando normas para regular las condiciones de estos alojamientos (equipamiento, tipología, forma de ocupación…). Una legislación que en general adolece de problemas técnicos relevantes y abre amplios resquicios a recursos, como ha sucedido ya de la mano de los poderes para vigilar la competencia de la CNMC[52]. Las sentencias existentes hasta el momento adoptan

50. Para una revisión crítica, *vid.* López Ramón, F., "El urbanismo sostenible en la legislación española", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 311/2017.

51. STSJ del País Vasco de 26 de noviembre de 2014. En cambio, no ha prosperado esta posibilidad por haber sido anulados los preceptos de las ordenanzas en otros ámbitos de régimen fiscal común, al entender que el desarrollo reglamentario del concepto "vivienda vacía" corresponde al Estado; *vid.,* por ejemplo, STSJ Asturias 3357/2014, de 28 de noviembre de 2014; STSJ Cataluña 10211/2011, de 22 de julio de 2011.

52. Así, por ejemplo, el Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, y el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, aducen esencialmente consideraciones más de carácter económico que de modelo turístico y requerimientos del sector para aprobar esta regulación. En el gallego se indica:

soluciones contradictorias. En el caso de Canarias y Madrid anulan preceptos clave de la normativa autonómica (zonificación, prohibición de cesión de habitaciones sueltas y obligatoriedad de alquilar por más de cinco días, respectivamente), mientras que en Galicia se desestima en su totalidad el recurso contra el Decreto autonómico[53]. Resulta sorprendente que no sean argumentos fuertes en la legislación existente para controlar las viviendas de uso turístico razones imperiosas de interés general como la planificación urbana sostenible, la protección del derecho a la vivienda de personas vulnerables o el mantenimiento de una diversidad de usos dotacionales y de servicios de proximidad. Sí que está la lógica de la sostenibilidad, en cambio, detrás de las moratorias urbanísticas que han aprobado algunos ayuntamientos (Barcelona, Santiago de Compostela…) para paralizar la concesión de licencias mientras se reforma el planeamiento urbanístico para adaptarse a este nuevo fenómeno. Las implicaciones jurídicas y fórmulas posibles de regulación son una cuestión que merece un análisis detallado porque, como hemos señalado, también aquí la lucha contra la turistificación y la *gentrificación* puede colisionar con las políticas de defensa de la competencia y la cualificada e insistente vigilancia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia[54].

Finalmente, el acceso a la vivienda de personas excluidas es un problema que la crisis ha acentuado y que por el encarecimiento de la vivienda de alquiler afecta cada vez a colectivos más amplios. No parece una cuestión que pueda abordarse sin medidas fiscales y la existencia de un parque público de viviendas que ayude a abaratar la vivienda en general y pueda servir para aliviar situaciones específicas de riesgo social. Un programa internacional con resultados exitosos que han empezado a implantar algunas ciudades españolas, *Housing First*, se basa precisamente en facilitar una vivienda huyendo de guetos y abordando en primer término el problema de la garantía de la protección de derechos con el alojamiento para, posterior-

"Las personas representantes del sector turístico manifestaron en numerosas ocasiones la necesidad de regular este tipo de alojamiento, debido a su fuerte impacto y a la competencia desleal que supone respecto del alojamiento turístico reglado" (preámbulo). Mientras que el madrileño señala: "Por todo ello, y a petición, del resto de empresarios y asociaciones del alojamiento y de los propios empresarios de viviendas de uso turístico, la Comunidad de Madrid ha impulsado la redacción de este Decreto".

53. STSJ de Canarias de 21 de marzo de 2017; STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016; STSJ de Galicia de 15 de noviembre de 2017.

54. Para un estudio riguroso sobre esta cuestión, *vid.* Encarnación Valcárcel, A. M.ª de la, "El alojamiento colaborativo: Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 5, 2016.

mente, atacar otros problemas sociales o sanitarios que puedan arrastrarse por la exclusión padecida[55]. También es necesario diseñar protocolos de inclusión desde una perspectiva de dignidad de la persona[56].

5.3 Circularidad

Avanzar en la circularidad ("*closing the loop*") es uno de los principales retos que tiene hoy nuestra civilización para garantizar su pervivencia en las generaciones futuras. La economía circular busca maximizar los recursos disponibles, materiales y energéticos, procurando que permanezcan el mayor tiempo posible en el ciclo productivo[57].

La economía circular intenta reducir todo lo posible la generación de residuos y aprovechar al máximo aquellos cuya generación no se haya podido evitar, tanto en los ciclos biológicos como en los tecnológicos; reelaborar e introducir el ecodiseño para ahorrar consumo de recursos; alargar los usos mediante la reparación, reutilización; minimizar los residuos, recuperar energía y recursos. Existe toda una serie de medidas que pueden ser implementadas desde una perspectiva local para mejorar la circularidad. Desde recuperar residuos de construcción para usar en obras; mejorar la fiscalidad de negocios de reparación (zapateros, electrodomésticos, costureras…); impulsar medidas de reducción de residuos y de selección correcta;

55. La Estrategia Nacional para Personas sin Hogar 2015-2020, aprobada por el Consejo de Ministros el 6 de noviembre de 2015, propone, en la Línea Estratégica 7, una implementación progresiva del modelo *Housing First* en España, junto con el desarrollo de otro tipo de recursos para las personas sin hogar:

http://ajuntament.barcelona.cat/dretssocials/sites/default/files/revista-castellano/11-el-modelo-housing-first-en-espana-resultados-a-los-12-meses.pdf

http://www.raisfundacion.org/es/que_hacemos/habitat

https://www.arrelsfundacio.org/es/primero-la-casa-que-es-y-que-no-es-el-housing-first/.

56. Melero Alonso, E., "Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es derecho administrativo del enemigo", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 6, 2016, realiza un estudio muy interesante desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales de las personas sin techo de las ordenanzas locales.

57. Para profundizar en la estrategia europea de economía circular:

https://ec.europa.eu/commi9ssion/priorities/jobs-growth-and-investment/towards-circular-economy_es.

La Ellen MacArthur Foundation es uno de los principales laboratorios de ideas y estudios sobre economía circular: https://www.ellenmacarthurfoundation.org.

recuperar alimentos para personas con pocos recursos[58]. A pesar de la necesidad de moverse hacia otros patrones de consumo, lo cierto es que la economía circular –mucho más que una redenominación de la política de residuos– necesita de un apoyo sólido con medidas normativas, fiscales y organizativas que permitan desplegar todas sus potencialidades.

5.4
Movilidad y comercio de proximidad

Realizar cambios en la movilidad urbana forma parte también del desarrollo urbano sostenible. Tanto en términos de reducción de emisiones y cambio climático como en la mejora de calidad de vida, recuperando espacios para los peatones, el juego y el paseo; este es un cambio que requiere de un enfoque de planificación global, pero que es factible de realizar especialmente en ciudades de tamaño pequeño o medio. Ejemplos como el de la ciudad de Pontevedra, con numerosos premios por su programa de movilidad urbana que ha permitido también una regeneración de un centro urbano degradado, la recuperación del comercio de proximidad y la apropiación del espacio urbano por niños y ancianos, indican cómo los objetivos de desarrollo urbano sostenible están engarzados entre sí[59].

El comercio de proximidad también contribuye a mantener el tejido social, a detectar problemas de desatención o abandono, da servicio a colectivos vulnerables como ancianos y personas con movilidad reducida. Además, permite establecer unas relaciones económicas con los productores más justas y mantener vivo el entorno rural próximo, y reduce el uso del automóvil. Sin embargo, una regulación comercial diseñada tan solo desde la perspectiva de la competencia (horarios y días de apertura, prácticas comerciales permitidas con los proveedores, períodos de pago a proveedores…), con escasa consideración para la protección de otros intereses generales (descanso de los trabajadores, protección de los consumidores, calidad alimentaria…), dificulta la pervivencia del comercio de proximidad. La Comisión Europea, las autoridades de competencia y las grandes cadenas de distribución han recurrido todo tipo de normas y acuerdos con medidas

58. https://gestoresderesiduos.org/noticias/el-programa-de-recuperacion-de-alimentos-frescos-de-reus-permite-aprovechar-el-80-productos-que-antes-se-tiraban
http://www.ecoavant.com/es/notices/2015/01/la-ciudad-comestible-2240.php.

59. http://www.pontevedra.eu/movete/.

que afectan a las grandes superficies[60]. Los cambios en la legislación estatal operados desde 2012 han introducido previsiones para permitir la apertura en festivos de grandes superficies o la libertad de horarios, por ejemplo, con la categoría de zona da gran afluencia turística decretada centralmente, que puso fin a la resistencia de algunas comunidades autónomas, como el País Vasco[61].

No obstante, se abre alguna luz hacia el condicionamiento de los usos del suelo mediante el planeamiento urbanístico para favorecer un modelo compacto de ciudad. La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 de enero de 2018, *Asunto C-360/15*, resuelve una cuestión prejudicial en relación con la fijación de una prohibición en el planeamiento urbanístico de una ciudad holandesa, para que el comercio minorista de productos no voluminosos no pueda ubicarse en zonas geográficas situadas fuera del centro de la ciudad. El TJUE resuelve que una previsión como esta puede considerarse un límite territorial sometido a un examen de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, al amparo de la Directiva 2006/123 de Servicios, pero que "preservar la habitabilidad del centro de la ciudad del municipio de Appingedam y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana en interés de una buena ordenación del territorio" puede constituir "una razón imperiosa de interés general que justifique un límite territorial como el controvertido en el litigio principal". Esta sentencia, en definitiva, abre las puertas a que se puedan condicionar de forma proporcionada los usos para buscar una ciudad más compacta y circular.

6
Bibliografía

Alonso Álvarez, A., Diz Otero, I., Lois González, M., "La influencia de las políticas públicas de igualdad en la toma de decisiones: un aná-

60. *Vid.*, por ejemplo, la STJUE de 24 de marzo de 2011 sobre la legislación catalana de grandes superficies comerciales; o la STSJ de Illes Balears 686/2009, de 15 de octubre, sobre determinación de apertura en festivos. De las autoridades de la competencia *vid.*, por ejemplo, la Resolución del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia de 24 de noviembre de 2009, o el reciente recurso de la CNMC contra la moratoria balear a las grandes superficies.

61. http://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/contenidos/nota_prensa/cataluna_euskadi_modelo_comerc/es_cataluna/cataluna_euskadi_modelo_comercial_propio.html.
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/06/24/economia/1435167094_228252.html.

lisis de los informes de impacto de género", *Revista Española de Ciencia Política* (*RECP*), 24, 2010.

Alonso Ibáñez, R., "Marco jurídico para el urbanismo social y participativo", en Gifreu, J., Bassols, M., Menéndez Rexach, Á. (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, INAP-Fundación Democracia y Gobierno Local, 2016.

Aymerich Cano, C., "Crisis económica y contratación pública", en Pernas (dir.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2013.

Bernal Blay, M. Á., "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", *Monográfico núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008.

Bustillo Bolado, R., "El desarrollo sostenible como concepto jurídico y como principio constitucional", en Bustillo Bolado, Gómez Manresa, *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas*, Aranzadi, 2014.

Canals Ametller, D., "Mejora normativa y reducción de cargas administrativas", *Informe de Comunidades Autónomas 2009*, Instituto de Derecho Público-UB.

Canals Ametller, D., *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*, Documenta Universitaria, Girona.

Canals Ametller, D., "La evaluación retrospectiva de la norma jurídica: evaluación del cumplimiento y aplicación del derecho administrativo", *X Seminario de Teoría y Metodología del Derecho Público* (*STEM*), Madrid, 24 de noviembre de 2017.

Casado i Casado, L., "Las competencias ambientales de las entidades locales: luces y sombras tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 32.

Casado i Casado, L., "El informe urbanístico como instrumento de articulación de las competencias urbanísticas municipales con la autorización ambiental integrada", en Gifreu, J., Bassols, M., Menéndez Rexach, Á. (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, INAP-Fundación Democracia y Gobierno Local, 2016.

Curugullo, F., "Exposing smart cities and eco-cities: Frankenstein urbanism and the sustainability challenges of the experimental city", *Environment and Planning*, 0(0) 1-20, 2017.

Doménech Pascual, G., "El seguimiento de normas y actos jurídicos", *RAP*, 167, 2005.

Encarnación Valcárcel, A. M.ª de la, "El alojamiento colaborativo: Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 5, 2016.

Esteve Pardo, J., *El desconcierto del Leviatán*, Marcial Pons, 2009.

Galera Rodrigo, S., "Políticas locales de clima: una razón (adicional) para renovar la planificación (¿local?) en España", en Gifreu, J., Bassols, M., Menéndez Rexach, Á. (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, INAP-Fundación Democracia y Gobierno Local, 2016.

González Bustos, M.ª Á., "Principios de buena regulación y evaluación de su cumplimiento", en Gamero Casado (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, T. II.

González García, J. V., "Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública", *Revista Española de Derecho Europeo*, octubre-diciembre 2015.

Jaria Manzano, J., *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant lo Blanch, col. Alternativa, 2011.

Jaria Manzano, J., "Constitución, desarrollo y medio ambiente en un contexto de crisis", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, n.º 1, 2017.

Klopp, J. M., Petretta, D. I., "The urban sustainable development goal: Indicators, complexity and the politics of measuring cities", *Cities*, 63, 2017.

Krämer, L., *EU Environmental Law*, Sweet&Maxwell, 2011.

Loperena Rota, D., *Desarrollo sostenible y globalización*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

López Ramón, F., "El urbanismo sostenible en la legislación española", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, n.º 311/2017.

Martínez Gutiérrez, R., "EI impacto de las *smart cities* en la tutela ambiental y en la planificación urbana", en Piñar Mañas, J. L., *Smart cities. Derecho y técnica para una ciudad más habitable*, Ed. Reus, Madrid, 2017.

Melero Alonso, E., "Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es derecho administrativo del enemigo", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 6, 2016.

Nogueira López, A., "*Pack premium* o *pack* básico. ¿Ordenamiento ambiental dual?", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 38, 2017.

Parnell, S., "Defining a global urban development agenda", *World development*, 78.

Ponce Solé, J., "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones", *RAP*, 162, 2003.

Ponce Solé, J., "¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial", *RAP*, 180, 2009.

Ramos Medrano, J. A., "Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no realizar la evaluación ambiental estratégica (EAE)", *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 73, 2.11.2017.

Ramos Medrano, J. A., "Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no justificar la disponibilidad de recursos hídricos", *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 67, 3.4.2017.

Rodríguez-Chaves Mimbrero, B., "Medio ambiente urbano", en Velasco Caballero, F., *Anuario de Derecho Municipal 2016*, Marcial Pons-UAM, Madrid, 2017.

Ruiz de Apodaca, Á., "El preceptivo sometimiento de la planificación urbanística a evaluación ambiental estratégica. No es un simple trámite más", en Gifreu, J., Bassols, M., Menéndez Rexach, Á. (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, INAP-Fundación Democracia y Gobierno Local, 2016.

Sadeleer, N., *EU Environmental Law and the internal market*, Oxford University Press, 2014.

Sánchez Morón, M., "Discriminación positiva por razón de género y adjudicación de contratos públicos", *Justicia Administrativa*, n.º 58, 2012.

Santamaría Arinas, R., "¿Hacia la economía circular europea sin los municipios? Una crítica sectorial de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014.

Simou, S., "La configuración filoclimática del derecho de propiedad", *InDret*, 3/2017.

Valero Torrijos, J., "Sostenibilidad y gestión de la información en las ciudades inteligentes (*smart cities*): apuntes para un debate desde la perspectiva jurídica", en Bustillo Bolado, Gómez Manresa, *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas*, Aranzadi, 2014.

Van Den Abeele, E., "The EU's REFIT strategy: a new bureaucracy in the service of competitiveness?", European Trade Union Institute (ETUI), *Working Paper 2014.05*.

II. Protección del medio ambiente y competencias municipales

Las competencias medioambientales de los entes locales tras la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

Pilar Navarro Rodríguez

Prof.ª Dr.ª de Derecho Administrativo, GI "Derecho Público y Privado de la Innovación Tecnológica" (SEJ 200), Universidad de Almería.
Secretaria General de Medio Ambiente y Cambio Climático, Junta de Andalucía

1. **Delimitación del concepto de medio ambiente. Definiciones**
2. **El papel de los entes locales en la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático**
   - 2.1. Implicaciones de la Agenda Local 21 para los entes locales
   - 2.2. Competencias municipales en materia medioambiental: tradición y dificultades
3. **La reordenación de las competencias medioambientales locales en la Ley de Bases de Régimen Local tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local**
   - 3.1. Competencias propias de los municipios en materia medioambiental
     - 3.1.1. El listado del art. 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, mínimo ampliable o techo máximo competencial
     - 3.1.2. Competencias atribuidas antes de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local por alguna ley sectorial
   - 3.2. Nuevo régimen de los servicios mínimos obligatorios en materia medioambiental
   - 3.3. Competencias delegadas en materia medioambiental
   - 3.4. Competencias distintas de las propias y las delegadas en materia medioambiental: limitación de su ejercicio

3.5. Desaparición de las competencias complementarias en materia medioambiental

4. El reforzamiento de las competencias medioambientales de las provincias

5. Recapitulación

6. Bibliografía citada

Resumen

Este artículo tiene por objeto analizar los cambios en las competencias ambientales locales producidos tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), unos cambios que se introducen en el panorama competencial general, con los objetivos iniciales muy loables de tratar de evitar o eliminar duplicidades (principio de "una Administración una competencia", que por otra parte no es nada pacífico entre la doctrina) y de conseguir la difícil sostenibilidad financiera.

Tras un análisis pormenorizado de los cambios operados por la nueva normativa en materia medioambiental, llegaremos a la conclusión de que no solo no se ha conseguido la pretendida clarificación competencial perseguida por la LRSAL, sino que antes al contrario quedan aún muchas dudas en cuanto a su aplicación real y sus efectos sobre las competencias municipales y provinciales y la prestación de los servicios locales en materia medioambiental, tal y como se detalla a lo largo del presente trabajo.

Palabras clave: *medio ambiente; competencias municipales; cambio climático; desarrollo sostenible; Agenda 21 Local.*

Environmental competences of local entities after the Law 27/2013, of 27 December, on rationalization and sustainability of local administration

Abstract

This article analyzes the transformations on the environmental competences of local entities after the Law 27/2013, of 27 December, on rationalization and sustainability of local administration (LRSAL). These transformations tried to eliminate or avoid duplicities (to pursue the principle of "one administration one competence") and to achieve the always difficult financial sustainability.

After this analysis, I conclude that the clarification of competences has not been accomplished. To the contrary, as the article shows, currently there are many doubts and uncertainties about the competences of municipalities and provinces over environmental policies.

Keywords: environment; municipal competences; climate change; sustainable development; Agenda 21.

1
Delimitación del concepto de medio ambiente. Definiciones

Con carácter previo a adentrarnos en lo que constituye el objeto principal del presente artículo doctrinal, entendemos que se torna imprescindible detenernos, siquiera de forma somera, en el concepto de medio ambiente, dado que no es algo ni mucho menos pacífico entre la doctrina que se ha ocupado de la materia.

En el ámbito interno español hemos de partir, como no podía ser de otra forma, de la definición que con carácter general nos proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española sobre el "medio ambiente", que lo encuadra dentro de la voz "medio", y que define este de la siguiente forma: "Conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o un ser vivo"[1].

Esa definición tan amplia y genérica del término "medio" se concreta un poco más si acudimos en el ámbito internacional a la UNESCO, que ha señalado que "(…) el concepto de medio ambiente se vuelve realmente funcional y operativo, y los conceptos de resto del universo, espacio circundante y medio circundante desaparecen, para ser reemplazados por el de ambiente, estando este último caracterizado por un conjunto bien definido de variables, que interactúan con el sistema bajo consideración"[2].

En cuanto a las definiciones doctrinales, hay muchas y muy variadas, de entre las que nosotros destacamos desde el punto de vista jurídico la del profesor Utrera Caro, tanto en la *Enciclopedia Jurídica Básica* de la editorial Civitas como en el *Diccionario Jurídico* de la editorial Espasa Calpe[3],

1. *Vid.* www.rae.es.
2. UNESCO, Programa Internacional de Educación Ambiental (PNUMA), 1980 (216), p. 24.
3. Utrera Caro, S., voz "medio ambiente", en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Edit. Civitas, 1995, pp. 4240 a 4248, y en el *Diccionario Jurídico*, Edit. Espasa Calpe.

definiciones a las que nos remitimos en estos momentos por motivos de limitación de la extensión del presente trabajo.

En todo caso, utilicemos la definición genérica (más común) o la doctrinal del término medio ambiente, de lo que no cabe duda es de que se trata de una expresión muy criticada por gran parte de la doctrina ius-ambientalista, especialmente por el profesor Martín Mateo[4], que fue el primero en poner en tela de juicio el término utilizado para referirse a dicho concepto, señalando que la expresión "medio ambiente" es el resultado de la unión de dos términos sinónimos o redundantes, proponiendo por tanto la utilización de un solo término para referirse a ese concepto: término "ambiente".

También la jurisprudencia se ha ocupado del concepto de medio ambiente, destacando la definición del concepto de "medio ambiente" dada por el Tribunal Constitucional (en adelante, también, TC) en su Sentencia 102/1995[5], primera en la que define de forma expresa lo que entiende el máximo intérprete de la Constitución española sobre el concepto de medio ambiente, configurándolo en sus fundamentos jurídicos 3 a 7 como un "concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y, por tanto, interdisciplinar" que admite una pluralidad de acepciones. Así, desde el punto de vista semántico "medio" se refiere a un conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive el ser humano o grupo humano, y "ambiente" al conjunto de condiciones de un lugar. Y se añade que ese concepto tiene por tanto un doble componente: "antropocéntrico" en cuanto al entorno vital del hombre en un régimen de armonía, y "relativo", pues "no hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica, fuera del tiempo y del espacio".

Para el TC, desde el punto de vista normativo, medio ambiente sería el conjunto de elementos "cuyo soporte físico es el suelo y subsuelo que puede ser visto y regulado desde distintas perspectivas, como la ecológica, la dasocrática o forestal, la hidrológica, la minera o extractiva, la cinegética y la urbanística". De ahí que se pueda afirmar que, a raíz de esta Sentencia del TC, desde el punto de vista jurisprudencial se considera al medio ambiente como la "asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades", concepto recogido del primer Programa de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente[6].

4. *Vid.* Martín Mateo, R., *Manual de Derecho Ambiental*, Edit. Trivium, 1998.
5. STC 102/1995, de 25 de junio. BOE de 30 de junio de 1995.
6. Comunicación de la Comisión al Consejo, JOC 26 mayo 1972.

Por tanto, de acuerdo con esta Sentencia, la descripción del medio ambiente incluye los recursos o elementos naturales clásicos de la naturaleza (flora, fauna y el espacio natural) y los históricos o culturales (los testimonios o monumentos y el paisaje entendido como modo de mirar del hombre, distinto en cada época y cultura). Este es el concepto que vamos a seguir en el presente artículo doctrinal.

2
El papel de los entes locales en la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático

Una vez delimitado el concepto de medio ambiente, de lo que no cabe duda es de que, utilicemos el concepto que utilicemos, el papel de los entes locales (en adelante, también, EELL) en su protección se torna en imprescindible, al ser las Administraciones más cercanas a los ciudadanos[7]. No en vano, y tal y como hemos destacado en trabajos anteriores[8], las Administraciones locales actualmente ofrecen a los ciudadanos más del 35 % de los servicios (muchos de ellos relacionados directamente con la protección ambiental) que reciben por parte de las distintas Administraciones públicas, y cada día más son los propios vecinos los que demandan de sus municipios una mayor implicación en los problemas que se presentan en su día a día.

Este es el motivo por el cual el protagonismo de los EELL en el desarrollo sostenible ha estado presente desde el nacimiento de la *conciencia ambiental* a nivel mundial[9], y ello a pesar de ser una preocupación relati-

7. Buena muestra de ello es la proliferación de oficinas o secciones específicas dedicadas a la lucha contra el cambio climático a nivel local constituidas en la mayoría de diputaciones provinciales desde hace ya varias décadas. Valgan como ejemplo dos: la Agencia Provincial de la Energía de Granada, como ente instrumental de la Diputación de Granada para el fomento de un modelo energético regional más sostenible asociado a la creación de actividad local en torno al sector, creada en el año 2001; y la Oficina Técnica de Mitigación del Cambio Climático creada en el seno de la Diputación Provincial de Almería en el año 2009.

8. *Vid.*, *in extenso*, Muñoz Amor, M.ª M. y Navarro Rodríguez, P., "Medidas locales de lucha contra el cambio climático: especial atención al caso de Andalucía", *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 297, 2015, pp. 125-152.

9. Nacimiento que doctrinalmente se ha situado en 1972, en concreto en la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano, más conocida como Conferencia de Estocolmo. *Vid.*, por todos, Lozano Cutanda, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, La Ley, 2010, p. 63.

vamente reciente, ya que apenas si cuenta con varias décadas de antigüedad[10], tal y como señaló hace unos años el profesor Martín Mateo de forma muy gráfica, con la siguiente frase: "el hombre tiene aproximadamente 2 millones de años, la Era Cristiana, 2000, la Revolución Industrial, 200, y la Reacción Ambiental, 20"[11].

El primer antecedente importante a nivel mundial (auspiciado por Naciones Unidas) se sitúa en la conocida como **Conferencia de Estocolmo**, primera Cumbre de la tierra que, tal y como señala Lozano Cutanda, "constituye un gran hito del derecho internacional del medio ambiente, pues por primera vez un foro internacional centra su atención en el medio ambiente como un concepto comprensivo de una defensa global y sistemática de la naturaleza a escala mundial, superándose el utilitarismo y la visión sectorial y regional de los problemas ambientales hasta entonces imperante"[12].

La Conferencia de Estocolmo supuso, pues, el inicio de la adopción por parte de la comunidad internacional de numerosos convenios, tanto a escala regional como mundial, así como la creación de diferentes instituciones relacionadas con la protección ambiental. Así, en 1983 la Asamblea General de las Naciones Unidas encargó a la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo la misión de "rexaminar los problemas más acuciantes del medio ambiente y el desarrollo y formular propuestas realistas para lidiar con ellos (…) y elevar el grado de comprensión y compromiso de los individuos, instituciones y Gobiernos para el logro de dichos cambios"[13]. Y es precisamente de esta revisión de donde podemos señalar que surge el segundo gran hito internacional en materia de protección ambiental, el Informe "Nuestro futuro común", más conocido como **Informe Brundtland**. En este Informe se hicieron importantes propuestas de futuro, entre las que destaca la necesidad de que los Gobiernos e instituciones regionales e internacionales apoyaran un nuevo modelo de desarrollo económico, el ya conocido como "**Desarrollo Sostenible**", que se define como "aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones. Implica un cambio muy importante en cuanto a la idea de sustentabilidad, principalmente ecológica, y a un

10. Entre otras cuestiones por la propia dificultad de la comunidad científica para definir el objeto de esa necesaria protección, el término "medio ambiente", tal y como hemos señalado en el punto anterior del presente artículo.
11. *Vid.* Martín Mateo, R., *Manual (...)*, *op. cit.*, p. 27.
12. *Op. cit.*, p. 67.
13. Lozano Cutanda, B., *Derecho Ambiental (...)*, *op. cit*., p. 70.

marco que da también énfasis al contexto económico y social del desarrollo"[14].

Entre las recomendaciones del Informe Brundtland figuraba la de preparar –bajo los auspicios de las Naciones Unidas– una Declaración Universal y una Convención Internacional sobre protección del medio ambiente y desarrollo sostenible, lo que finalmente desembocó en la "**Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo**" celebrada en **Río de Janeiro** en el año 1992. Pues bien, precisamente uno de los instrumentos adoptados en esta Conferencia es el de la conocida como **Agenda 21** ("Programa Global para el Desarrollo Sostenible en el siglo XXI"), aprobada por 173 Gobiernos nacionales[15]. El Capítulo 28 de esa Agenda 21 animaba a las comunidades locales a crear su propia versión de la misma, lo que se vino a denominar como "Agenda 21 Local"[16].

14. Para ampliar la información sobre estos temas, *vid.*, *in extenso*, el trabajo de Navarro Rodríguez, P., "Programa Ciudad Sostenible de Medio Ambiente Urbano: la versión 2.0 de la Agenda 21 Local en Andalucía", Revista *Práctica Urbanística*, núm. 118, Sección "Perspectivas Sectoriales", septiembre-octubre de 2012.

15. Naciones Unidas: http:/un.org/esa/sustdev/agenda21.

El Principio 22 de la Cumbre de Río establecía lo siguiente: "Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible".

Sobre ello, *vid.* Lozano Cutanda, B., *op. cit.*, p. 75.

16. *Vid.*, respecto del concepto y la definición de la Agenda 21 Local, el trabajo de Díez Vázquez, J. A., para quien la Agenda 21 Local puede definirse como "un documento que incorpora políticas, planes o programas de acción cuyo objetivo es conseguir un necesario equilibrio entre la conservación del medio ambiente y de los recursos naturales y el modelo socioeconómico": "La Agenda 21, instrumento básico para un Desarrollo Local Sostenible", *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, núm. 47, Año 4, 2002, Edit. La Ley. *Vid.*, asimismo, el trabajo de Riego Artigas, P. del, quien afirma que "la Agenda 21 local no es otra cosa que un plan de acción socioeconómico a la luz del Programa 21, pactado entre autoridades locales y ciudadanos de un municipio para emprender el desarrollo sostenible del mismo en toda su extensión y que se produce mediante el ejercicio de la participación más directa y posible, real y efectiva de los ciudadanos en consenso con las autoridades locales representativas": "La Agenda 21 Local. Una institución tergiversada", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 22, 2008, Edit. La Ley.

En general, sobre la Agenda Local 21 y su actual implantación en España, *vid.* Muñoz Amor, M.ª M. (coord.), *Agenda Local 21 como instrumento de revalorización local*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2013.

Tras la Conferencia de Río de Janeiro, Naciones Unidas ha venido realizando un seguimiento de los avances conseguidos en el cumplimiento de los Acuerdos allí adoptados y en especial de la aplicación de la Agenda 21 a nivel mundial. De esta forma, en 1997 se llevó a cabo una **Cumbre Extraordinaria en Nueva York** (conocida como **Río+5**), donde, entre otras cuestiones, se puso de manifiesto el retraso existente en la elaboración de este instrumento, destacándose la necesidad de darle un renovado impulso por los poderes públicos[17].

Posteriormente se puso en marcha una segunda **Conferencia** en el año 2002 **en Johannesburgo** (conocida como **Río+10**), donde especialmente la Unión Europea hizo un gran esfuerzo para demostrar su compromiso y su liderazgo en esta materia, en particular mediante la aprobación, por el Consejo Europeo celebrado en junio de 2001 en Gotemburgo, de una **Estrategia de Desarrollo Sostenible Europea**[18], así como la presentación de Estrategias Nacionales por la mayoría de los Estados Miembros de la Unión Europea.

Y con posterioridad se celebró la Cumbre de la Tierra conocida como **Río+20**, celebrada nuevamente en Río de Janeiro del 20 al 22 de julio de 2012[19]. Sin embargo, y tal y como señaló ya en su momento el profesor Chinchilla, "una vez más se ha puesto de manifiesto que la utilización sostenible de los recursos naturales y energéticos ha empeorado sustancialmente, y la disminución de la sensibilidad mundial sobre el medio ambiente como consecuencia de la crisis económica global, ha sido sentida como un nuevo fracaso o una nueva oportunidad perdida"[20].

Ya estrictamente en el plano europeo, desde estos años, el desarrollo urbano y la política ambiental han sido ejes prioritarios de trabajo impulsados por la Comisión Europea, especialmente a raíz de la publicación en 1990 del "**Libro Verde sobre el Medio Ambiente Urbano**"[21]. Así, después

17. http://www.cinu.org.mx/temas/des_sost/conf.htm; http://www.un.org/spanish/conferences/cumbre&5.htm (documento de antecedentes).

18. Comunicación de la Comisión Europea, COM (2001) 264 final, "Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible".

19. http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/66/288.

20. Chinchilla Peinado, J. A., en "El concepto de desarrollo sostenible y la Agenda Local 21. De la conferencia de Río a Río+20", en Muñoz Amor, M.ª M. (coord.), *Agenda Local 21 como instrumento de revalorización local*, *op. cit*.

21. Comunicación de la CE, COM (90)218, "Libro Verde sobre el Medio Ambiente Urbano".

de diversas reuniones y de la aprobación de varios documentos, se puso en marcha, el 27 de mayo de 1994 en la ciudad de Aalborg (Dinamarca), la "**Campaña Europea de Ciudades Sostenibles**", dando lugar a la denominada "**Carta de Aalborg**"[22], documento de compromiso para las entidades locales y que desde entonces se convirtió en una declaración fundamental e indispensable para todos aquellos municipios que quisieran elaborar e implantar su propia Agenda 21.

Un fragmento de la Carta de Aalborg da buena cuenta de ello al señalar lo siguiente: "Estamos convencidos de que la vida humana en este planeta no puede ser sostenible sin unas comunidades locales viables. El Gobierno local está cerca del lugar donde se perciben los problemas ambientales y muy cerca de los ciudadanos; comparte además con los Gobiernos todos los niveles de responsabilidad del bienestar del hombre y de la naturaleza. Por consiguiente, las ciudades tienen una función determinante en el proceso de cambio de los modos de vida, de la producción, del consumo y de las pautas de distribución del espacio"[23].

2.1 Implicaciones de la Agenda Local 21 para los entes locales

Ya desde su concepción inicial, para un importante sector doctrinal el éxito de la Agenda 21 en el nivel global debía pivotar en la escala local, debido a la interrelación existente entre los procesos globales y las acciones locales. No en vano, la incidencia de la esfera local como nivel más apropiado de implantación de políticas en busca del desarrollo sostenible se ha manifestado en la guía elaborada por el Consejo de Municipios y Regiones de Europa (Morris, 1997), en la que además se subraya cómo en el marco de un proceso de Agenda 21 Local (en adelante, de forma indistinta, A21L o AL21) las autoridades locales deben trabajar conjuntamente con todos los sectores de la comunidad

22. ICLEI (Consejo Internacional de Iniciativas Ambientales Locales), http://www.iclei.org.

23. Como el propio Informe Brundtland señala: "El Programa 21 aborda los problemas acuciantes de hoy y también trata de preparar al mundo para los desafíos del próximo siglo" (CNUMAD, 1992). En otras palabras, el discurso sobre el desarrollo sostenible de las Naciones Unidas instaurado en la Agenda 21, puede considerarse que promete, en última instancia, una mejora de la calidad de vida.

local en la elaboración de unos planes de acción para la sostenibilidad en el nivel local[24].

Así, como ha señalado Muñoz Amor, "la A21L se ha convertido en el instrumento que aspira a contener las actuaciones locales que intentan trasladar el concepto del desarrollo sostenible desde la retórica política a nivel global a la esfera operativa y real en la escala local. La A21L propugna un desarrollo sostenible descentralizado pero concertado, en el que se requiere de una respuesta proactiva desde el Gobierno local, puesto que son los pueblos y ciudades quienes mejor conocen cuáles son sus propios intereses medioambientales, sociales y económicos. Al mismo tiempo, esas políticas han de estar instauradas en un marco espacial más amplio, así como ser coherentes con el resto de las políticas de los niveles administrativos superiores. Asimismo, la A21L debe aspirar a ser absolutamente participativa y llegar hasta el ciudadano, animándole a tomar parte en este proyecto cuyo éxito va a depender –en un porcentaje muy importante– de su cambio de actitud y conducta ante estos nuevos retos"[25].

Centrándonos en el ámbito concreto español, en 1998 las corporaciones locales que habían suscrito la Carta de Aalborg eran aproximadamente 70. Actualmente, España es el país líder de la Unión Europea en implantación de la A21L, según el número de municipios españoles que han firmado la Carta de Aalborg. La implantación de la A21L en el territorio español alcanzaba más del 40 % del total de los municipios en el año 2010, es decir, alcanzaba en ese momento a más de 2500 municipios rurales y a más de 1000 municipios urbanos en 2010. Esto supone que en esa fecha el 77 % del total de municipios que estaban en proceso de A21L en España eran rurales[26].

No hay que perder de vista que en España hay cerca de 5000 municipios de menos de 1000 habitantes, lo que a priori dificulta bastante la implantación de estrategias de sostenibilidad. Y es ahí donde destaca el importante papel que están llevando a cabo las diputaciones y los Gobiernos autonómicos a la hora de promover su implantación, concediendo ayudas vía financiación de determinadas actuaciones en favor de un mayor desarrollo sostenible y dando apoyo técnico, por ejemplo con la creación de

24. Sobre este tema, *vid.*, *in extenso*, Muñoz Amor, M.ª M. (coord.), *Agenda Local 21 (...)*, *op. cit.*

25. Muñoz Amor, M.ª M. (coord.), *Agenda Local 21 (...)*, *op. cit.*

26. Marcos Fernández, A. de, "La Agenda Local 21 y las comunidades autónomas", en Muñoz Amor, M.ª M. (coord.), *Agenda Local 21 (...)*, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

oficinas con personal específicamente dedicado a asesorar u orientar a las corporaciones locales sobre estas materias. Incluso algunas comunidades autónomas (como Andalucía) han llegado a elaborar sus propios planes o estrategias de desarrollo sostenible (EDS) como marco donde establecer las líneas prioritarias y los objetivos en su territorio en relación con el desarrollo sostenible en general y la AL21 en particular.

También debemos señalar que existen importantes experiencias de cooperación entre municipios, a través de la creación de *redes de ciudades sostenibles*, la mayoría de las veces fuertemente impulsadas desde las comunidades autónomas.

Este es el caso de la Red Andaluza de Ciudades Sostenibles o la Red Local de Sostenibilidad en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Los fines que persiguen estas redes se fundamentan, habitualmente, en el intercambio de experiencias, la difusión de información relevante para los ayuntamientos o la promoción de proyectos conjuntos, permitiendo además acceder a una financiación exterior (sobre todo, fondos europeos) de un modo que, individualmente, no sería posible. Asimismo, no se puede obviar la importancia del papel de las federaciones de municipios y provincias, sobre todo a la hora de poner en contacto a los diferentes ayuntamientos y sus diferentes experiencias[27].

2.2 Competencias municipales en materia medioambiental: tradición y dificultades

Pese a que, como se ha señalado en el apartado anterior, la preocupación científica por el medio ambiente es relativamente reciente, no es menos cierto que se trata de un ámbito donde las competencias municipales tienen

27. En este contexto, destaca el hecho de que en 2005 se creó la *Red de Redes de Desarrollo Local Sostenible* al amparo del Ministerio de Medio Ambiente. Esta Red se define como "foro de debate e intercambio de experiencias entre las distintas redes que a nivel autonómico y provincial trabajan por la Agenda Local 21, con el propósito de promover un concepto de ciudad compacta, compleja, eficiente y cohesionada socialmente, considerando, a su vez, el adecuado equilibrio entre el medio urbano y el rural". Esta Red está formada a su vez por más de 20 redes, además de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y diversos expertos en la materia. El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente representa al Secretariado.

mayor tradición en nuestro país, tal y como han señalado los profesores Sosa Wagner[28], Martínez Martín[29] y Casado Casado[30].

De hecho, como sucede de forma paradigmática en el caso de la contaminación acústica, es justamente en el ámbito local donde surge la acción protectora del medio ambiente, por lo que la importancia de las competencias locales en este ámbito es fundamental.

Y esto, a pesar de existir dos dificultades importantes en esta materia, que son las siguientes:

1. La primera dificultad estriba en la perspectiva bifronte del medio ambiente, que como es sabido implica que:
   - Por un lado, la mayoría de los problemas ambientales son de carácter global, por lo que trascienden la esfera local y deben abordarse desde instancias superiores (como ocurre por ejemplo con el cambio climático).
   - Por otro lado, muchas cuestiones ambientales tienen una incidencia específica en el ámbito local, por lo que los EELL son los más indicados para desarrollar y ejecutar políticas ambientales, como las Administraciones más cercanas a los ciudadanos.

Entre las posibles soluciones a aplicar para resolver o al menos paliar esta primera dificultad estaría, siguiendo el famoso lema de "pensar globalmente, actuar localmente", aplicar el art. 4.3 de la Carta Europea de Autonomía Local, según el cual "el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos", así como el principio de subsidiariedad, que ha sido invocado en muy diversas sentencias por el propio Tribunal Supremo, para subrayar la importancia de los EELL en la defensa y protección del medio ambiente. Entre esas sentencias, destaca la STS de 26 de julio de 2006, en

28. *Vid.* Sosa Wagner, F., "Las competencias ambientales en el derecho español. La capacidad de ejecución del derecho internacional y comunitario por las comunidades autónomas", en *Seminario sobre instrumentos jurídicos y económicos para la protección del medio ambiente. Ponencias y comunicaciones*, Comisión de las Comunidades Europeas, Asturias, 1990, p. 55.

29. *Vid.* Martínez Martín, D. J., "Corporaciones locales y medio ambiente", *Derecho y Medio Ambiente*, CEOTMA-MOPU, Madrid, 1981, que en la p. 105 sostiene que los motivos de esto son de carácter histórico en nuestro ordenamiento jurídico.

30. *Vid.* Casado Casado, L., "Las competencias ambientales de las entidades locales: luces y sombras tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 32/2015, p. 3.

la que el Alto Tribunal español ha señalado lo siguiente (FJ 5): "Si nos aproximamos ahora a las competencias de las entidades locales en materia de medio ambiente no ofrece duda la trascendencia que la misma posee para los vecinos que conviven en cada uno de los municipios, ya que, como es sabido, si algo caracteriza a la Administración local es su cercanía a los ciudadanos y la inmediación con los problemas. Ello sin duda la cualifica de modo especial para ejecutar y gestionar con eficacia la normativa ambiental. De ahí la importancia del principio de subsidiariedad que se introduce en el art. 4.3 de la Carta Europea de Autonomía Local según el cual 'el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos'. Lo expuesto lleva consigo el reconocimiento de competencias locales en el ámbito del medio ambiente si bien corresponde al legislador estatal y autonómico determinar el concreto alcance que corresponde a los entes locales en la materia".

Por tanto, y como recapitulación, se puede afirmar que a pesar de que muchos problemas ambientales tengan carácter global y trasciendan las fronteras locales, debe mantenerse la importancia de la acción local –especialmente de los municipios– en este ámbito, por su carácter de Administración más próxima a los ciudadanos.

2. Y la segunda dificultad a la que nos enfrentamos en esta materia consiste en que la Constitución española de 1978 solo delimita las competencias entre las comunidades autónomas y el Estado (arts. 148 y 149), pero no pormenoriza o detalla las competencias municipales en materia de medio ambiente, al no establecer un listado como sí hizo con las comunidades autónomas y el Estado.

Esto no implica que los EELL no tengan responsabilidades en materia medioambiental, ya que las mismas se derivan de un doble mandato constitucional:

– Por un lado, la previsión del art. 137 de la Constitución española, en la que claramente reconoce la autonomía local a municipios y provincias en la gestión de sus respectivos intereses (entre los que se encontrarían, como no puede ser de otra manera, las cuestiones medioambientales).
– Por otro lado, el mandato del art. 45.2 de la Constitución española, que establece 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", incluyéndose, como es lógico, los EELL como uno de los tres po-

deres territoriales del Estado, junto con comunidades autónomas y Administración General del Estado. Aunque no es menos cierto que los EELL encuentran graves dificultades a la hora de poder desarrollar esa función, debido a la escasez de recursos económicos, humanos y técnicos, a lo que se añaden algunos entrecruzamientos de competencias y la ausencia de cooperación interterritorial en algunos casos entre diferentes Administraciones territoriales[31].

Así pues, y a diferencia de la ausencia de pormenorización de las competencias locales en materia medioambiental en la CE, es el legislador sectorial el que va estableciendo el conjunto de competencias de los EELL en esta materia, así como los estatutos de autonomía, destacando el hecho de que la mayoría de los mismos, en sus más recientes versiones reformadas (como los de Andalucía y Cataluña), sí que incluyen de forma expresa la competencia municipal de protección del medio ambiente, como competencia propia, de forma que en los municipios de esas comunidades autónomas la protección del medio ambiente ya no se considera como una mera posibilidad, sino como una obligación, que es invocable y exigible directamente por los ciudadanos, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones[32].

En concreto, el art. 92.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía establece de forma literal que "se garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción solo a los controles de constitucionalidad y legalidad", sobre materias como la ordenación y prestación de los servicios básicos de abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales, recogida y tratamiento de residuos, limpieza viaria y prevención y extinción de incendios [art. 92.2.d)]; y la "cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del medio ambiente y de la salud pública" [art. 92.2.h)].

Por su parte, la gran mayoría de leyes ambientales de esas mismas comunidades autónomas reconocen importantes competencias a los EELL (especialmente, a los municipios), con mayor o menor intensidad en función del sector concreto de que se trate.

31. Sobre este tema se ha ocupado en profundidad Alli Turrillas, J. C., en "Las competencias y actuación local en el ámbito de la protección del medio natural", dentro de la obra colectiva de Parada Vázquez, R. y Fernández Rodríguez, C. (dirs.), *Las competencias locales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 233-279.

32. *Vid.* las SSTS de 30 de abril y de 7 de noviembre de 1990, siendo ponente en ambas Francisco González Navarro.

Pero donde más claramente se establece la delimitación competencial de los EELL en materia medioambiental es en la normativa general de régimen local, esto es, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, también, LBRL), que ha sido profundamente reformada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, también, LRSAL), tal y como veremos en el siguiente apartado.

3
La reordenación de las competencias medioambientales locales en la Ley de Bases de Régimen Local tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

Con la aprobación en diciembre de 2013 de la LRSAL, se introducen importantes cambios en las competencias ambientales locales, con los objetivos iniciales muy loables de tratar de evitar o eliminar duplicidades (principio de "una Administración una competencia", que por otra parte no es nada pacífico entre la doctrina[33]) y conseguir la difícil sostenibilidad financiera.

Y es que, tal y como ha destacado Toscano Gil, con esta clarificación del régimen de las competencias municipales, y la consiguiente supresión de duplicidades derivada de la misma, lo que se pretendía era contribuir al recto cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, o eficiencia en el uso de los recursos locales[34].

De hecho es la propia Exposición de Motivos de la LRSAL la que denuncia la existencia de "problemas de solapamientos competenciales entre Administraciones", culpa, según señala, del modelo competencial dise-

33. De hecho este principio ha sido duramente cuestionado por los profesores Font i Llovet, T. y Galán Galán, A., debido a las dudas que les provoca, y que pueden sintetizarse en las siguientes: "¿es de verdad posible la separación absoluta de competencias? ¿O es más realista aceptar la intersección de competencias como algo habitual, por mor de la complejidad actual, y profundizar en los mecanismos de colaboración y coordinación?". *Cfr.* Font i Llovet, T. y Galán Galán, A., "Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?", en Font i Llovet, T. y Galán Galán, A. (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2013, pp. 14 y 15.

34. Toscano Gil, F., "Las competencias municipales", en Carrillo Donaire, J. A., Navarro Rodríguez, P. (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2014, pp. 89-119.

ñado, hace casi 30 años, por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Entre las "disfuncionalidades" de este modelo competencial se encuentran no solo las duplicidades competenciales o en la prestación de servicios, sino también "que los ayuntamientos presten servicios sin un título competencial específico que les habilite y sin contar con los recursos adecuados para ello, dando lugar al ejercicio de competencias que no tienen legalmente atribuidas ni delegadas y a la duplicidad de competencias entre Administraciones". Este segundo problema, que se suma al de las duplicidades administrativas, es el de las conocidas como competencias impropias, que en el texto legal reciben la denominación de "competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación" (art. 7.4 LBRL), para cumplir con las sugerencias del Dictamen del Consejo de Estado de 26 de junio de 2013[35].

De forma muy resumida, podríamos sintetizar el nuevo modelo competencial de los municipios españoles, en torno a los tres tipos de competencias municipales que se reconocen en la misma:

1.º Las competencias propias, previstas en el art. 25 de la LBRL, que como su nombre indica son "las que solo pueden ser determinadas por ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones públicas[36]".

Así, aunque el nuevo modelo de ordenación de competencias en la LRSAL mantiene la distinción entre competencias propias y delegadas, esta

35. Así, en el Considerando VI.a) de su Dictamen de 26 de junio de 2013, el Consejo de Estado critica "que se consagre legalmente como expresión para denominar una categoría de competencias la de 'competencias impropias' (…). Se sugiere por ello asignarles otra denominación (por ejemplo, competencias atribuidas o competencias por atribución) o simplemente identificarlas como 'competencias distintas de las propias y de las delegadas'". Además, el Consejo de Estado también critica la utilización del término duplicidades, por considerarlo "vago e impreciso, sin un contenido jurídicamente delimitado". Así, como ha señalado muy certeramente Toscano Gil, "uno de los principales problemas de la LRSAL es haber convertido en jurídicos conceptos que, hasta ahora, no lo eran, como las duplicidades administrativas y las competencias impropias, sin realizar una acotación previa de qué deba entenderse por tales expresiones, ni un estudio empírico serio acerca de la trascendencia de las mismas". De hecho, los análisis más completos de este tema en la doctrina española son casi coetáneos a la tramitación del Anteproyecto de la LRSAL: Galán Galán, A., *La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2012; Velasco Caballero, F., "Duplicidades funcionales de comunidades autónomas y entidades locales", *Anuario de Derecho Municipal 2011*, núm. 5, 2012, pp. 21-60.

36. Casado Casado, L., "Las competencias (…)", *op. cit.*, p. 23 *in fine*.

norma persigue una mayor clarificación de las competencias municipales (algo insistentemente solicitado por la doctrina), lo que a su vez exige distinguir con precisión qué competencias son municipales y cuáles estatales y autonómicas, evitando a su vez las duplicidades competenciales, y haciendo efectivo el principio de "una Administración una competencia". Y como ha señalado Toscano Gil, "esta clarificación pasa por la redefinición o reelaboración del listado de materias del art. 25.2 de la LBRL, en las que el legislador sectorial ha de atribuir competencias propias a los municipios. El nuevo listado debe permitir diferenciar con precisión cuáles son las competencias municipales, para que así no se confundan, incurriendo en duplicidad, con las de otras Administraciones públicas. Y, ello solo es posible, conforme al planteamiento de la Ley, si las competencias municipales propias parten en todo caso de dicho listado"[37].

Aunque parte de la doctrina defiende que prácticamente se mantienen igual que en la redacción anterior de la LBRL[38], la mayor parte de la misma sostiene que las competencias propias son objeto de reducción en la LRSAL, bien porque directamente se suprimen algunas de ellas, bien porque se modifican los términos empleados para acotar su contenido[39]. Y entre las mismas, destacan las dedicadas a la materia medioambiental, tal y como ha señalado entre otros Martín-Retortillo[40].

2.º Las competencias delegadas o atribuidas por delegación, reguladas en el art. 27 de la LBRL. Estas ya no son competencias de los municipios, sino del Estado o de la comunidad autónoma, que se las atribuye por delegación, para asegurar la adecuada prestación de un servicio. La LRSAL incluye como novedad en este caso que la delegación debe ser sostenible financieramente (esto es, con dotación presupuestaria específica y concreta), y debe gozar de cierta estabilidad (al menos 5 años).

37. Toscano Gil, F., "Las competencias (…)", *op. cit.*

38. Entre los autores que defienden esa postura estarían Santamaría Pastor, J. A., "El régimen (…)", *op. cit.*, pp. 141-145, y Toscano Gil, F., "Las competencias (…)", *op. cit.*

39. Velasco Caballero, F., "La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de derecho local", en Domingo Zaballos, M. J. (coord.), *Reforma del régimen local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 58, y Casado Casado, L., "Las competencias (…)", *op. cit.*, p. 24.

40. Sobre el enorme contenido medioambiental incluido en la lista de materias del artículo 25.2 llama la atención Martín-Retortillo Baquer, L., "Administración local y medio ambiente", en Esteve Pardo, J. (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Civitas-Diputación de Barcelona, Madrid, 1996, pp. 50-51.

3.º Las "competencias impropias", que son creadas por la LRSAL en el apartado 4.º del art. 27 de la LBRL, ya que hasta la fecha no se encontraban recogidas expresamente en la LBRL, y que llama "competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación", siguiendo la recomendación del Consejo de Estado.

Pero en este artículo las vamos a denominar "competencias impropias", ya que esta es la nomenclatura utilizada en los primeros borradores y en el Anteproyecto de Ley.

En todo caso, la LRSAL insiste en el argumento de la sostenibilidad financiera, al establecer que "estas competencias solo podrán ejercerse cuando no supongan un riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, y no se incurra en una duplicidad de servicios entre Administraciones públicas".

A estos tres grandes grupos de competencias, habría que añadir un cuarto apartado dedicado a los servicios municipales de prestación obligatoria, que el nuevo art. 26 de la LBRL continúa recogiendo, aunque con algunas novedades importantes como son las dos siguientes:

– Por una parte, la lista de servicios mínimos es objeto de modificación, suprimiéndose o reduciéndose algunos de los anteriormente recogidos o incluyéndose precisiones terminológicas para acotar su contenido.
– Por otra parte, se refuerza el papel de las provincias, por ejemplo con la previsión de la coordinación por las diputaciones provinciales –o entidades equivalentes– de determinados servicios mínimos en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes.

A continuación vamos a centrarnos en cómo queda la configuración de estos cuatro tipos de competencias en el ámbito medioambiental tras la aprobación de la LRSAL, partiendo de la base de que este nuevo modelo de delimitación competencial de la LRSAL afecta de forma importante a las competencias de los municipios en materia de medio ambiente, que para autores como Casado Casado son objeto de "redefinición"[41], e incluso para otros como Boix Palop y Parejo Alfonso son objeto de "recentralización"[42].

41. Casado Casado, L., "Las competencias (…)", *op. cit.*, p. 25.

42. Boix Palop, A., "Sentido y orientación de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 2, 2014, pp. 12-15; Parejo Alfonso, L., "Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el modelo de autogobierno municipal", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), núm. 34, 2014, p. 12.

3.1
Competencias propias de los municipios en materia medioambiental

Entre el listado de competencias propias que se establece en el art. 25.2 de la LBRL en el ámbito medioambiental, la primera gran novedad que introduce la LRSAL consiste en que desaparece como tal la protección genérica del "medio ambiente", que es sustituida por el concepto más limitado y reducido de "medio ambiente urbano".

De esta forma, desde la aprobación de la LRSAL en diciembre de 2013, ya no es una competencia municipal propia todo el medio ambiente en términos amplios y generales, sino solo determinados ámbitos que se incluyen en el concepto de "medio ambiente urbano" (entre los que se enumeran de forma expresa en ese mismo precepto los siguientes: "parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas"). En todo caso, se trata de una enumeración que es *numerus apertus*, es decir, que no se excluyen otras materias potencialmente encuadrables en el medio ambiente urbano como por ejemplo la lucha contra el cambio climático.

Este cambio ha sido bien valorado por la doctrina en general, aunque algunos autores lo han criticado, como Mellado Ruiz, que ha llegado a afirmar que este y otros cambios de redacción de la nueva norma respecto de la anterior demuestran "la intención limitadora de la reforma respecto de la asunción competencial por parte de los entes locales"[43].

Además del "medio ambiente urbano", también se incluyen entre las materias sobre las que los municipios ejercerán competencias propias el "abastecimiento de agua potable a domicilio" y la "evacuación y tratamiento de aguas residuales" [art. 25.2.c)], aunque no se entiende muy bien por qué se incluyen estos conceptos de forma separada y no dentro del concepto de "medio ambiente urbano".

Por otra parte, se mantienen en el art. 25.2, aunque con mayor precisión, otras materias directa o indirectamente relacionadas con la protección del medio ambiente, como son el urbanismo, la protección civil, la prevención y extinción de incendios, el tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad; y la protección de la salubridad pública. Así como materias que tienen un importante contenido ambiental como el transporte colectivo urbano de viajeros.

43. Mellado Ruiz, L., "Notas críticas sobre el Anteproyecto de Ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Entre la reforma y la intervención", *Revista CEMCI*, núm. 17, 2012, p. 6.

Tras la enumeración del art. 25.2, el mismo precepto establece que los municipios ejercerán estas competencias "en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas": por tanto, la determinación de las competencias de los EELL sigue siendo una cuestión reservada a la ley sectorial –estatal o autonómica–, aunque ahora también se tendrán en cuenta elementos económicos (previsión de que lleven aparejada una memoria económica y no aumentar los gastos previstos, sino con la aportación de recursos equivalentes a las competencias que se reconozcan).

En todo caso, persisten dos dudas interpretativas de gran calado sobre las competencias propias de los EELL en medio ambiente, en las que no hay consenso entre la doctrina, centradas en determinar si el listado del art. 25.2 constituye un techo máximo competencial para los EELL, o se trata de un mínimo básico que puede ser ampliado por la legislación estatal o autonómica, y en saber qué sucede con las competencias atribuidas con anterioridad a la LRSAL por alguna ley sectorial.

3.1.1 El listado del art. 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, mínimo ampliable o techo máximo competencial

Tal y como ha señalado Casado Casado, la primera y más importante duda interpretativa que provoca la enumeración de materias como competencias propias de los EELL prevista en el artículo 25.2 de la LBRL (algunas de ellas, tal y como hemos señalado en el apartado anterior, claramente ambientales o relacionadas con el medio ambiente) es si este listado constituye un techo máximo competencial para los EELL, de modo que la legislación sectorial no podría atribuir a los mismos otras competencias propias; o, por el contrario, se trata de un mínimo básico que puede ser ampliado por la legislación estatal o autonómica, a través del reconocimiento a los EELL de competencias en materias distintas a las previstas en dicho precepto[44]. Así lo ha puesto de manifiesto Souvirón Morenilla, que incluso ha aportado argumentos a favor de ambas posibilidades[45].

44. Sobre este asunto, *vid.*, *in extenso*, Casado Casado, L., "Las competencias ambientales (…)", *op. cit.*, pp. 34-40.

45. *Vid.* Souvirón Morenilla, J. M.ª, "Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los municipios en la reciente reforma del régimen local básico", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), núm. 34, 2014, pp. 93 y 94.

En el caso que nos ocupa en el presente estudio, la duda que se plantea se centraría en dilucidar si es posible que una ley pueda atribuir a los EELL otras competencias propias en materia ambiental, más allá de las de "medio ambiente urbano" o "abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales" recogidas en el art. 25.2. Por ejemplo: ¿podría una ley atribuir a los municipios competencias propias en materia de protección del medio natural, lucha contra el cambio climático o fomento de las energías renovables y eficiencia energética (materias no incluidas en dicho precepto)?

A estos efectos, hay que aclarar que nada impide que los EELL puedan ejercer competencias distintas de las recogidas en el listado del art. 25.2. Ahora bien, la cuestión es, como ha señalado Carbonell Porras, si solo pueden hacerlo si se cumplen las exigencias del art. 7.4 de la LBRL y sin que ello suponga calificar tales competencias como propias, o, en cambio, pueden asumirlas como propias, al margen de lo establecido por el art. 7.4[46].

La mayoría de la doctrina se ha pronunciado a favor de considerar la enumeración del art. 25.2 de la LBRL como mínimo ampliable por la legislación sectorial (así lo han afirmado expresamente, entre otros, Carbonell Porras[47],

46. En este sentido, Carbonell Porras, E., en su trabajo titulado "Sobre la reforma local y las competencias municipales propias", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. Especial 99-100, 2014, p. 774, señala que no "cabe apreciar grandes diferencias entre los criterios del art. 25 (de nuevo, los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, la dotación financiera y la no atribución simultánea a otra Administración pública) y los del art. 7.4 (que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública). En el primer caso, corresponderá a la propia Ley, a la memoria económica que debe acompañarla, la apreciación de esos criterios; en el segundo caso se exigen dos informes preceptivos y vinculantes". Sin embargo, advierte que "el artículo 7.4 LBRL no resulta de aplicación a los legisladores, estatal o autonómicos según los criterios constitucionales de distribución de competencias, sino a las propias entidades locales, que son las que, mientras el Tribunal Constitucional no diga otra cosa, para ejercer competencias distintas de las propias y delegadas deberán contar con los dos informes favorables. No tiene sentido que el legislador autonómico (que es el que debe atribuir competencias propias) esté condicionado por dos informes preceptivos y vinculantes de la propia Administración autonómica en la mayoría de los casos si decide ampliar las competencias de los municipios de su territorio en materias de su competencia".

47. Carbonell Porras, E., "Sobre la reforma…", *op. cit.*, p. 775.

Casado Casado[48], Fuentes i Gasó[49] y Velasco Caballero[50]). Así lo entendemos nosotros también.

Y esta parece ser también la interpretación que se deriva de la Nota Explicativa de la Reforma Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, al establecer que el art. 25.2 recoge las materias sobre las que se pueden ejercer competencias propias que pueden desarrollar los municipios, "sin perjuicio de lo que puedan prever las leyes sectoriales estatales y autonómicas"[51].

Pero a pesar de todo lo anterior, sigue sin ser esta una cuestión pacífica, dado que tanto el Consejo de Estado como el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya han mantenido y siguen manteniendo una posición totalmente contraria a considerar el listado del art. 25.2 como un mínimo ampliable[52], a lo que habría que añadir algunos autores (entre los que destacan Medina Guerrero[53], Souvirón Morenilla[54] y Toscano Gil[55]) que también se han posicionado en contra, al afirmar que consideran el listado del art. 25 como totalmente cerrado, y por tanto un techo competencial insuperable por ninguna ley.

48. Casado Casado, L., "Las competencias ambientales (…)", *op. cit.*, p. 39.

49. Fuentes i Gasó, J. R., "Consecuencias de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en el régimen local de Cataluña", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 101, 2015, p. 74.

50. 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…*, *op. cit.*, pp. 92-93.

51. "Nota Explicativa de la Reforma Local", *op. cit.*, p. 3.

52. En concreto, en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 338/2014, de 22 de mayo de 2014, emitido en relación con el planteamiento por parte de algunos municipios de un conflicto en defensa de la autonomía local frente a determinados preceptos de la LRSAL, donde se reafirma la interpretación ya sostenida en su Dictamen 567/2013, de 26 de junio de 2013, sobre el Anteproyecto de la LRSAL, y considera que los municipios solo tienen las competencias propias derivadas del listado del artículo 25.2 de la LBRL, impidiéndose que el legislador sectorial pueda atribuirles como propias otras competencias no recogidas en esa lista. Y de forma muy similar, el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya también ha señalado en su Dictamen 8/2014, de 27 de febrero, sobre la LRSAL que el listado del artículo 25.2 de la LBRL es un listado cerrado y tasado de materias con el que se fija un máximo competencial, lo que, en su opinión, sería inconstitucional.

53. Medina Guerrero, M., *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 40-43.

54. Souvirón Morenilla, J. M.ª, "Competencias…", *op. cit.*, p. 85.

55. Toscano Gil, F., "El nuevo…", *op. cit.*, pp. 299-303.

3.1.2
Competencias atribuidas antes de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local por alguna ley sectorial

La segunda duda interpretativa que se ha suscitado a la luz del listado de competencias propias de los EELL que establece el art. 25.2 de la LBRL es qué sucede con aquellas competencias de los municipios concretadas en leyes sectoriales autonómicas –también estatales– anteriores a la aprobación de la LRSAL.

Más en concreto, la cuestión se centraría en dilucidar si pueden o deben los municipios seguir ejerciendo esas competencias, y si mantienen esas competencias como propias.

En nuestra opinión, debe entenderse vigente la atribución de competencias propias a los municipios en materia de medio ambiente realizada por las leyes sectoriales anteriores a la LRSAL. Así lo ha señalado también Casado Casado, afirmando que "esta interpretación es coherente con la propia configuración del art. 25.2 de la LBRL (como mandatado que trata de asegurar que Estado y comunidades autónomas atribuyan competencias a los municipios en las materias en él incluidas y no como una atribución inmediata de competencias) y con el carácter abierto de las materias en él contenidas que hemos defendido y, desde un punto de vista práctico, viene avalada por un elemental principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos locales"[56].

Y esa ha sido también la interpretación seguida mayoritariamente por la normativa autonómica adoptada en aplicación de la LRSAL[57], al consi-

56. Casado Casado, L., "Las competencias ambientales (…)", *op. cit.*, p. 41.

57. Es el caso, por ejemplo, de Andalucía (Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la LRSAL), Castilla y León (Decreto-ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en Castilla y León, derivado de la entrada en vigor de la LRSAL), Cataluña (Decreto-ley 3/2014, de 17 de junio, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación en Cataluña de la LRSAL –derogado tras su falta de convalidación por el Parlamento autonómico–, y Decreto-ley 4/2014, de 22 de julio, por el que se establecen medidas urgentes para adaptar los convenios, los acuerdos y los instrumentos de cooperación suscritos entre la Administración de la Generalitat y los entes locales de Cataluña a la disposición adicional novena de la LRSAL), Comunidad Valenciana (Decreto-ley 4/2015, de 4 de septiembre, de medidas urgentes derivadas de la aplicación de las disposiciones adicional 15.ª y transitorias 1.ª y 2.ª de la LRSAL), Extremadura (Decreto-ley 3/2014, de 10 de junio, por el que se modifica la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura; y Decreto 265/2014, de 9 de diciembre,

derar que las leyes autonómicas que atribuían competencias a los EELL con anterioridad a la LRSAL no han perdido su vigencia con su entrada en vigor, de modo que estas competencias deben seguir siendo ejercidas por ellos de conformidad con las previsiones contenidas en las normas de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el art. 7.2 LBRL.

3.2
Nuevo régimen de los servicios mínimos obligatorios en materia medioambiental

La LRSAL establece en su art. 26.1 un nuevo régimen jurídico de los servicios mínimos obligatorios o de prestación obligatoria, esto es, aquellos que se considera por la propia normativa local que de forma inexcusable u obligatoria deben prestar los municipios afectados (entre los que se encuentran algunos relacionados con la protección del medio ambiente).

El nuevo régimen jurídico que se instaura con la aprobación de la LRSAL se puede resumir del siguiente modo:

- Todos los municipios deben prestar los servicios de recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado.
- Los municipios con población superior a los 5000 habitantes, además de los anteriores, deberán prestar obligatoriamente el servicio de tratamiento de residuos. En relación con esta materia, tal y como han señalado diversos autores como Casado Casado[58], resulta del

por el que se regula el procedimiento de emisión de los informes de inexistencia de duplicidades para el ejercicio de competencias distintas de las propias y de las delegadas por las entidades locales de Extremadura), Galicia (Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la LRSAL), Islas Baleares (Decreto-ley 2/2014, de 21 de noviembre, de medidas urgentes para la aplicación en las Islas Baleares de la LRSAL), La Rioja (Ley 2/2014, de 3 de junio, de medidas para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de La Rioja), Madrid (Ley 1/2014, de 25 de julio, de adaptación del régimen local de la Comunidad de Madrid a la LRSAL), Principado de Asturias (Decreto 68/2014, de 10 de julio, por el que se regula el procedimiento para la obtención de los informes previstos en el artículo 7.4 de la LBRL), y Región de Murcia (Ley 6/2014, de 13 de octubre, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivado de la entrada en vigor de la LRSAL).

58. Casado Casado, L., "Las competencias ambientales (…)", *op. cit.*

todo punto criticable el hecho de que la LRSAL haya preferido mantener la misma redacción que tenía la LBRL, en lugar de adaptarla a las previsiones de la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados, que también atribuye importantes competencias a los municipios en esta materia, por lo que se provocan algunas dudas interpretativas que hubieran sido fácilmente evitables por el legislador con la LRSAL.

– Los municipios con población superior a los 20 000 habitantes, además de los servicios anteriores (esto es, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y tratamiento de residuos), deberán prestar también de forma obligatoria los servicios de protección civil y prevención y extinción de incendios.

Además de lo anterior, hay que destacar 3 grandes novedades que aporta la LRSAL en relación con el régimen jurídico anterior, previsto en la LBRL, que son las siguientes:

1. Para municipios de más de 50 000 habitantes, ya no se considera como servicio obligatorio todo el medio ambiente, sino solo el medio ambiente urbano, quedando fuera de ese concepto más restringido los espacios naturales y el suelo no urbanizable preservado o de especial protección.

   Sin embargo, como contraposición, no se especifica qué ha de entenderse por "medio ambiente urbano", que hubiera sido lo más lógico para evitar problemas interpretativos.
2. En los municipios con menos de 20 000 habitantes será la provincia o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios mínimos: recogida y tratamiento de residuos, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, limpieza viaria, acceso a los núcleos de población, pavimentación de vías urbanas y alumbrado público. Esta es, sin duda, la principal novedad que introduce la LRSAL, en línea con la atribución de mayores competencias y mayor peso específico a las diputaciones provinciales o entidades equivalentes, tal y como veremos más delante de forma específica.
3. Desaparece la posibilidad de prestación "mancomunada" de dichos servicios, ya que no se prevé que puedan prestarlos "por sí o asociados", tal y como se establecía con anterioridad en la redacción inicial de la LBRL.

3.3
Competencias delegadas en materia medioambiental

Las competencias delegadas en general están previstas en el art. 27 de la LRSAL, que incluye como gran novedad la previsión de su apartado 3.º, que regula específicamente la posibilidad de delegar determinadas competencias ambientales como son la "vigilancia y control de la contaminación ambiental" y la "protección del medio natural".

Esto, claro está, no impide que puedan delegarse otras competencias ambientales, ya que la enumeración del art. 27.3 es solo a modo de ejemplo, siendo por tanto *numerus apertus.*

Y en todo caso otra novedad que se introduce por la LRSAL es la exigencia de mayores requisitos para la delegación, que ahora siempre será recepticia, y deberá:

1. Mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser conforme a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (garantizándose, pues, la viabilidad económica de la prestación del servicio que ha sido objeto de la delegación).
2. Determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de la delegación, con un límite temporal de 5 años como mínimo, así como el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos que le asigne, sin que pueda conllevar un mayor gasto de las Administraciones públicas.
3. Acompañarse de una memoria económica donde se valore el impacto en el gasto de las Administraciones públicas afectadas, sin que, en ningún caso, pueda conllevar un mayor gasto de las mismas.
4. Incluir su financiación específica, con dotación presupuestaria concreta y específica en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación, e implicando en su defecto una causa justificada de renuncia por parte de la Administración delegada.
5. Ser aceptada expresamente por el municipio interesado o afectado por la delegación, de ahí que la califiquemos como de "recepticia".

3.4
Competencias distintas de las propias y las delegadas en materia medioambiental: limitación de su ejercicio

Otra de las novedades introducidas por la LRSAL es que la misma limita en gran medida el ejercicio por parte de los EELL de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación.

Así, de acuerdo con el nuevo apartado 4.º del art. 27 de la LBRL, los municipios únicamente podrán ejercer estas competencias "cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública". Y para garantizar el cumplimiento de estos requisitos, la Administración competente por razón de la materia deberá emitir dos informes preceptivos y vinculantes, uno asegurando la inexistencia de duplicidades y otro sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

Con esta regulación, sin duda más exigente que la anterior, se pretende, tal y como se pone de manifiesto en el Preámbulo de la LRSAL, que las entidades locales no vuelvan a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada. Ahora bien, el problema reside ahora en determinar exactamente qué competencias cabe incluir en esta categoría de "competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación". Y esto dependerá, lógicamente, de cómo se interprete el concepto de competencias propias, y sobre todo de si se entiende que el listado de materias recogido en el art. 25.2 de la LBRL tiene carácter abierto o cerrado.

Para Velasco Caballero, puesto que la LRSAL suprime el art. 28 de la LBRL, las competencias distintas de las propias serían las competencias locales genéricas contenidas en las leyes autonómicas[59].

Frente a ello, Toscano Gil defiende que bajo este nuevo género "caerían todas las competencias municipales propias determinadas por leyes sectoriales estatales o autonómicas que rebasaran del máximo establecido por el nuevo art. 25.2 LBRL. Y, bajo esta consideración caben tanto competencias específicas como competencias genéricas, en los casos en que las leyes sectoriales hayan recurrido a cláusulas de competencias genéricas"[60].

59. Velasco Caballero, F., "La Ley…", *op. cit.*, pp. 54 y 55.
60. Toscano Gil, F., "El nuevo…", *op. cit.*, p. 315.

Todo ello en pura lógica, dado que entiende el listado del art. 25.2 como tasado.

3.5
Desaparición de las competencias complementarias en materia medioambiental

Otra novedad que incluye la LRSAL, como correlato de la limitación y excepcionalidad con que se configuran ahora las competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, es la supresión de la previsión anterior del art. 28 de la LBRL, que contenía una cláusula de competencias complementarias (en el que se había apoyado el Tribunal Supremo para justificar la potestad reglamentaria municipal en materias ambientales donde no existían leyes estatales o autonómicas reguladoras –como en materia de contaminación odorífera– o la regulación existente resultaba incompleta), y con ello la posibilidad de que los municipios realicen actividades complementarias de las propias de otras Administraciones.

Esta supresión está basada en el objetivo más que loable de llevar a cabo un "cambio político sustancial de manifiesta disminución y recorte del efectivo ejercicio de actuaciones y servicios por parte de los municipios".

De este modo, se elimina la posibilidad, anteriormente recogida en este precepto, de que los municipios puedan realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente.

Ello no implica, sin embargo, que los municipios estén obligados a dejar de intervenir en estas materias, sino que su intervención deberá encuadrarse, según los casos, en algunas de las categorías competenciales ya analizadas, esto es: competencias propias, como por ejemplo la protección del medio ambiente (ya que el "medio ambiente urbano" se contempla como competencia propia, con el alcance concreto que las leyes determinen en cada caso), competencias delegadas o competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación.

4
El reforzamiento de las competencias medioambientales de las provincias

Tal y como ha señalado, entre otros, Carbonero Gallardo, la LRSAL refuerza el papel de las provincias o entidades equivalentes, atribuyéndoles nuevas competencias[61].

Su propio Preámbulo señala que la Ley pretende reforzar el papel de las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares o entidades equivalentes. Este objetivo se lleva a cabo mediante diversas medidas, como la coordinación por las diputaciones de determinados servicios mínimos en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes; la atribución a estas de nuevas funciones; su participación activa en la elaboración y seguimiento en los planes económico-financieros; y su labor de coordinación y supervisión, en colaboración con las comunidades autónomas, en los procesos de fusión de municipios.

Así, las principales novedades que aporta la LRSAL en esta materia son las siguientes:

– Asunción de la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en municipios de menos de 5000 habitantes (art. 36.1).
– Atribución a las diputaciones provinciales de la coordinación de la prestación de servicios obligatorios en los municipios de menos de 20 000 habitantes (96 %), como los de recogida y tratamiento de residuos, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales y limpieza viaria.

Para coordinar la prestación de estos servicios, se prevé que la diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación (prestación directa por la diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras). En todo caso, la decisión final es del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, lo que ha sido duramente criticado por buena parte de la doctrina.

Cuando sea la diputación –o entidad equivalente– quien asuma la prestación de estos servicios, esta repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados

61. *Vid.* Carbonero Gallardo, J. M., "El nuevo papel de las diputaciones provinciales", en Carrillo Donaire, J. A. y Navarro Rodríguez, P. (coords.), *La Reforma…*, *op. cit*, pp. 237-263.

por tasas y asume su prestación, será a esta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios.

También cabe la posibilidad de que los propios municipios asuman la prestación y coordinación de los servicios, siempre que justifiquen ante la diputación que pueden hacerlo.

El problema que puede plantearse es que, si no prestan su conformidad con la fórmula de gestión propuesta por la diputación, ¿quién presta estos servicios, que son obligatorios?

5
Recapitulación

De todo lo afirmado a lo largo del presente artículo, podemos extraer las siguientes conclusiones, a modo de breve recapitulación:

1. Utilicemos el concepto que utilicemos de medio ambiente, el papel de los EELL en su protección se torna imprescindible, al ser las Administraciones más cercanas a los ciudadanos. De ahí que la delimitación de sus competencias sea tan importante.
2. Tras la aprobación en 2013 de la modificación de la LBRL, mediante la LRSAL, se reduce el ámbito de actuación que con carácter básico reconoce la legislación estatal de régimen local a los municipios en materia de medio ambiente, al cambiar el concepto de "protección del medio ambiente", anteriormente utilizado, por el de "medio ambiente urbano", sin duda más reducido. Ahora bien, lo cierto es que, en nuestra opinión, debe relativizarse ese alcance restrictivo del cambio de nomenclatura, ya que a efectos prácticos las materias afectadas o protegidas vienen a ser prácticamente las mismas.
3. En todo caso, no cabe duda de que no solo no se ha conseguido la pretendida clarificación competencial perseguida por la LRSAL, sino que antes al contrario deja muchas dudas en cuanto a su aplicación real y sus efectos sobre las competencias municipales y provinciales y la prestación de los servicios locales. Buena prueba de ello son las numerosas guías de aplicación aprobadas tras la entrada en vigor de la Ley, incluso por el propio Ministerio.
4. En el ámbito concreto de lo ambiental, las dudas interpretativas se acrecientan por la absoluta descoordinación existente entre las previsiones de la LRSAL y las de la legislación de residuos en relación con las competencias locales en materia de residuos, ya que

la atribución por parte de la LRSAL de competencias en este ámbito a provincias y municipios no ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados.

5. Por otra parte, la exigencia del cumplimiento de los requisitos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y el mayor control económico a que se sujeta tras la aprobación de la LRSAL el ejercicio de competencias (objetivos muy loables en sí mismos) puede suponer en algunos casos un efecto perverso como es un freno a la actuación municipal en materia ambiental.
6. Por último, es de reseñar el reforzamiento del papel de las provincias en materia de competencias medioambientales, operado por la LRSAL, tanto en las tradicionales funciones de cooperación y asistencia de las diputaciones provinciales y entidades equivalentes como en su nuevo papel como prestadoras de servicios, especialmente en los municipios de menor población. Pero ni siquiera en este ámbito la nueva norma ha sido lo suficientemente clara, ya que ha dejado también abiertas algunas dudas interpretativas, tal y como hemos señalado con anterioridad.

6
Bibliografía citada

Alli Turrillas, J. C., "Las competencias y actuación local en el ámbito de la protección del medio natural", en Parada Vázquez, R. y Fernández Rodríguez, C. (dirs.), *Las competencias locales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 233-279.

Boix Palop, A., "Sentido y orientación de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 2, 2014, pp. 1-21.

Carbonell Porras, E., "Sobre la reforma local y las competencias municipales propias", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. Especial 99-100, 2014, pp. 765-781.

Carbonero Gallardo, J. M., "El nuevo papel de las diputaciones provinciales", en Carrillo Donaire, J. A. y Navarro Rodríguez, P. (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2014, pp. 237-263.

Carrillo Donaire, J. A., Navarro Rodríguez, P. (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2014.

Casado Casado, L. y Fuentes i Gasó, J. R., "Administración local: incertidumbre sobre el alcance de las competencias ambientales", en López Ramón, F. (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2015*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 583-634.

– "Las competencias ambientales de las entidades locales: luces y sombras tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 32/2015.

Chinchilla Peinado, J. A., "El concepto de desarrollo sostenible y la Agenda Local 21. De la conferencia de Río a Río+20", en Muñoz Amor, M.ª M. (coord.), *Agenda Local 21 como instrumento de revalorización local*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2013.

Díez Vázquez, J. A., "La Agenda 21, instrumento básico para un Desarrollo Local Sostenible", *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, núm. 47, 2002.

Esteve Pardo, J. (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Civitas-Diputación de Barcelona, Madrid, 1996.

Font i Llovet, T. y Galán Galán, A., "Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?", en Font i Llovet, T. y Galán Galán, A. (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2013, pp. 14 y 15.

Fuentes i Gasó, J. R. y Casado Casado, L., "La reordenación de las competencias ambientales de las entidades locales", en López Ramón, F. (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2014*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 527-573.

Galán Galán, A., *La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2012.

Lozano Cutanda, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, La Ley, 2010.

Marcos Fernández, A. de, "La Agenda Local 21 y las comunidades autónomas", en Muñoz Amor, M.ª M. (coord.), *Agenda Local 21 como instrumento de revalorización local*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2013.

Martín Mateo, R., *Manual de Derecho Ambiental*, Edit. Trivium, 1998.
– "Entes locales y protección del medio ambiente", en *Ponències del Seminari de Dret Local*, IV edición (curso 1991-92), Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 1993.
Martín-Retortillo Baquer, L., "Administración local y medio ambiente", en Esteve Pardo, J. (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Civitas-Diputación de Barcelona, Madrid, 1996, pp. 23-60.
Martínez Martín, D. J., "Corporaciones locales y medio ambiente", *Derecho y Medio Ambiente*, CEOTMA-MOPU, Madrid, 1981.
Medina Guerrero, M., *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
Mellado Ruiz, L., "Notas críticas sobre el Anteproyecto de Ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Entre la reforma y la intervención", *Revista CEMCI*, núm. 17, 2012, pp. 1-36.
Muñoz Amor, M. M.: *La Agenda 21 como Instrumento de revalorización Local*, Coord.: Muñoz Amor, M.M., Editorial La Ley-El Consultor Madrid, 2013.
Muñoz Amor, M.ª M. y Navarro Rodríguez, P., "Medidas locales de lucha contra el cambio climático: especial atención al caso de Andalucía", *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 297, 2015, pp. 125-152.
Navarro Rodríguez, P., "Programa Ciudad Sostenible de Medio Ambiente Urbano: la versión 2.0 de la Agenda 21 Local en Andalucía", Revista *Práctica Urbanística*, núm. 118, Sección "Perspectivas Sectoriales", septiembre-octubre de 2012.
Parada Vázquez, R. y Fernández Rodríguez, C. (dirs.), *Las competencias locales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
Parejo Alfonso, L., "Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el modelo de autogobierno municipal", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), núm. 34, 2014, p. 12.
Riego Artigas, P. del, "La Agenda 21 Local. Una institución tergiversada", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 22, 2008.
Santamaría Pastor, J. A., "El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge", en Santamaría Pastor, J. A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 139-156.
Sosa Wagner, F., "Las competencias ambientales en el derecho español. La capacidad de ejecución del derecho internacional y comunitario por las comunidades autónomas", en *Seminario sobre instrumentos jurídicos y económicos para la protección del medio ambiente. Ponencias y*

comunicaciones, Comisión de las Comunidades Europeas, Asturias, 1990.

Souvirón Morenilla, J. M.ª, "Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los municipios en la reciente reforma del régimen local básico", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), núm. 34, 2014, pp. 80-97.

Toscano Gil, F., "Las competencias municipales", en Carrillo Donaire, J. A., Navarro Rodríguez, P. (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2014, pp. 89-119.

Utrera Caro, S., voz "medio ambiente", en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Edit. Civitas, 1995, pp. 4240 a 4248, y en *Diccionario Jurídico*, Edit. Espasa Calpe.

Velasco Caballero, F., "Duplicidades funcionales de comunidades autónomas y entidades locales", *Anuario de Derecho Municipal 2011*, núm. 5, 2012, pp. 21-60.

– "La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de derecho local", en Domingo Zaballos, M. J. (coord.), *Reforma del régimen local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 43-81.

– "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, Madrid, 2014, pp. 75-136.

QDL46

III.
Gestión municipal de residuos

La gestión municipal de residuos en el marco del régimen de responsabilidad ampliada del productor del producto

Rubén Serrano Lozano
Profesor contratado doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha

1. **Encaje de la responsabilidad ampliada del productor del producto en el ámbito local**
2. **¿Qué es la responsabilidad ampliada del productor del producto?**
3. **Sistemas de gestión de residuos**
4. **Breve alusión a las ordenanzas locales de residuos**
5. **Bibliografía**

Resumen

El actual régimen jurídico de los residuos conlleva nuevas obligaciones para los entes locales españoles, que no solo deben adaptar el contenido de sus ordenanzas locales a lo dispuesto en la *Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados* (o, en su caso, a la normativa autonómica), sino que, además, las mismas deben redactarse conforme a los reales decretos que regulen la responsabilidad ampliada del productor de los productos que, con su uso, terminarán constituyendo cualquiera de las fracciones de residuos que se engloban en el concepto actual de "residuos domésticos", tales como, por ejemplo, aparatos eléctricos y electrónicos, envases y residuos de envases, pilas y acumuladores, etc. En este sentido, es previsible que en la gestión de tales residuos se involucre a las entidades locales, normalmente a través de

acuerdos celebrados con algunos de los sistemas individuales o colectivos por los cuales los productores de productos hayan decidido dar cumplimiento a sus obligaciones de gestión de los residuos que, en un futuro, generen los productos que ponen en el mercado.

Palabras clave: *ordenanzas locales de residuos; prevención; productor del producto; residuos domésticos; responsabilidad ampliada del productor del producto; sistemas de gestión de residuos; sistema de depósito, devolución y retorno; sistema individual; sistema colectivo*.

Municipal waste management in the context of the extended producer responsibility

Abstract

The current legal framework on waste implies new obligations for local entities which must adapt and amend the content of local laws to, first, Law 22/2011, of 28 July, on waste and contaminated soils (or, if it is the case, to regional laws), and, second, to royal decrees that regulate the "extended producer responsibility" which, when they were implemented, will include all "domestic waste" such as electronic devices, bottles, cells and batteries, etc. In this regard, it is likely that local entities will participate in the management of this kind of waste through agreements with the individual or collective systems chosen by producers for managing the waste and complying with their obligations in this field.

Keywords: waste local laws; prevention; producer; domestic waste; extended producer responsibility; management system of waste; warehouse system; return and refund; individual system; collective system.

1
Encaje de la responsabilidad ampliada del productor del producto en el ámbito local

Como es conocido, el artículo 12.5, letra a), de la *Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados* (en adelante, LRSC), establece que corresponde a las entidades locales (o las diputaciones forales, cuando proceda), como servicio obligatorio: la recogida, el transporte y el tratamiento

de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios, en la forma que establezcan sus respectivas ordenanzas.

Ahora bien, prosigue dicho precepto estableciendo los parámetros a los que se deben ajustar tales ordenanzas, puesto que expresamente dispone: "en el marco jurídico de lo establecido en esta Ley, de las que en su caso dicten las comunidades autónomas", y añade, lo que a nosotros nos ocupa: "y de la normativa sectorial en materia de responsabilidad ampliada del productor" (del producto, debemos completar).

Finaliza tal precepto estableciendo la posibilidad de prestar tales servicios mínimos, obligatorios, de manera asociada con otras entidades locales o bien de manera independiente[1].

En definitiva, las ordenanzas locales, al regular el modo en que las entidades locales van a prestar tales servicios obligatorios de recogida, transporte y tratamiento de los residuos domésticos, no solo deben tener presente el contenido de la LRSC y, en su caso, de la normativa autonómica aplicable a los mencionados residuos, sino que además deben redactarse conforme a los reales decretos[2] que regulen de manera específica y sectorial la responsabilidad ampliada del productor de productos de muy diversa tipología (por ejemplo, aparatos eléctricos y electrónicos, envases y residuos de envases, pilas y acumuladores, etc.), que tras agotar su vida útil se convertirán en residuos y en cuya gestión se involucren tales entidades locales, normalmente a través de acuerdos celebrados con algunos de los sistemas individuales o colectivos por los cuales los productores de productos hayan de-

1. Obsérvese el tenor literal del artículo 12.5, letra a), de la LRSC:

5. Corresponde a las entidades locales, o a las diputaciones forales cuando proceda:

a) Como servicio obligatorio, la recogida, el transporte y el tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios en la forma en que establezcan sus respectivas ordenanzas en el marco jurídico de lo establecido en esta Ley, de las que en su caso dicten las comunidades autónomas y de la normativa sectorial en materia de responsabilidad ampliada del productor. La prestación de este servicio corresponde a los municipios que podrán llevarla a cabo de forma independiente o asociada.

2. Nótese que el artículo 31.3 de la LRSC establece que la regulación de la responsabilidad ampliada del productor del producto se realizará a través de real decreto, disponiendo lo siguiente:

3. El establecimiento de estas medidas se llevará a cabo mediante real decreto aprobado por el Consejo de Ministros, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, el conjunto de impactos ambientales y sobre la salud humana, y respetando la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

cidido dar cumplimiento a sus obligaciones de gestión de los residuos que, en un futuro, generen los productos que ponen en el mercado.

Lógicamente, para entender mejor cuanto acabamos de afirmar es necesario conocer en qué consiste la denominada "responsabilidad ampliada del productor del producto", a qué obliga y cómo puede cumplirse con tales obligaciones. A ello nos dedicamos seguidamente.

2
¿Qué es la responsabilidad ampliada del productor del producto?

La *Directiva 2008/98/CE, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas directivas*[3] (la Directiva 75/439/CEE, la Directiva 91/689/CEE del Consejo y la Directiva 2006/12/CE, de 5 de abril de 2006), establece el marco jurídico general sobre los residuos en la Unión Europea, esto es, se configura como la nueva "Directiva marco de residuos"[4], por lo que, en adelante, nos referiremos a ella con el acrónimo DMR.

Dicha Directiva (DMR) introduce la responsabilidad ampliada del productor como uno de los medios para apoyar el diseño y la fabricación de bienes que tengan plenamente en cuenta y faciliten el uso eficaz de los recursos durante todo su ciclo de vida, incluidos su reparación, reutilización, desmontaje y reciclado "sin perjudicar a la libre circulación de bienes en el mercado interior".

Sin embargo, cuando la DMR regula la responsabilidad ampliada del productor, en su artículo 8, pone el acento, en primer lugar, en la adopción de medidas tendentes a responsabilizar al productor de la gestión de los residuos que queden después de haber usado tales productos, y, en segundo lugar, en el "ecodiseño", esto es, en el diseño y la fabricación de bienes

3. DOUE L 312, de 22.11.2008.

4. En este sentido, Santamaría Arinas, R. J., "Residuos", en VV. AA., *Derecho Ambiental. Parte especial II (Segunda edición)*, LETE argitaletxea, Bilbao, 2010, pág. 401. Y la propia Exposición de Motivos de la *Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados* (BOE n.º 181, de 29 de julio de 2011).

Muy atinadas nos parecen las palabras de Alenza García, J. F., "El nuevo régimen legal de los residuos", en Blasco Hedo, E. (coord.), *La nueva Ley de residuos y suelos contaminados*, CIEDA-CIEMAT, Madrid, 2013, págs. 17 y ss. Allí aclara el significado de "directiva marco" o "ley marco" e indica sus funciones.

teniendo en cuenta el uso eficaz de los recursos durante todo su ciclo de vida[5].

Por consiguiente, la responsabilidad ampliada del productor supone para el productor del producto que, además de responsabilizarle de la gestión del residuo, le puede obligar a que en el diseño de sus productos se tenga en cuenta el uso eficaz de los recursos durante todo su ciclo de vida.

La LRSC, por su parte, dedica su Título IV a la responsabilidad ampliada del productor del producto. Dicho Título está integrado por los artículos 31 y 32. Sin embargo, cabe destacar otros preceptos de la LRSC aplicables a la responsabilidad ampliada del productor del producto, como son el artículo 11.2 y 11.5 y la Disposición transitoria cuarta.

Ahora bien, ¿puede afirmarse que la regulación de la denominada responsabilidad ampliada del productor es absolutamente novedosa? La respuesta ha de ser negativa. No puede afirmarse que la regulación de la responsabilidad ampliada del productor del producto "se introduzca *ex novo*[6]", pues se trata de una regulación que tiene su principal precedente en la regulación de los envases y residuos de envases[7], que fue

5. Cuanto decimos puede apreciarse al leerse el artículo 8.1 y 8.2 de la DMR, que establece:

> *1. Para mejorar la reutilización, la prevención, el reciclado y la valorización de los residuos, los Estados miembros podrán adoptar medidas legislativas o no legislativas para garantizar que cualquier persona física o jurídica que desarrolle, fabrique, procese, trate, venda o importe productos de forma profesional (el productor del producto) vea ampliada su responsabilidad de productor.*
>
> *Dichas medidas podrán incluir, entre otras cosas, la aceptación de los productos devueltos y de los residuos que queden después de haber usado dichos productos, así como la subsiguiente gestión de los residuos y la responsabilidad financiera de estas actividades. Estas medidas podrán incluir la obligación de ofrecer información accesible al público sobre en qué medida el producto es reutilizable y reciclable.*
>
> *2. Los Estados miembros podrán adoptar las medidas adecuadas para incentivar el diseño de productos de manera que reduzcan su impacto medioambiental y la generación de residuos durante la producción y subsiguiente utilización de los productos, y para asegurar que la valorización y eliminación de los productos que se han convertido en residuos se desarrolle de conformidad con los artículos 4 y 13.*
>
> *Dichas medidas podrán incentivar, entre otras cosas, el desarrollo, la producción y comercialización de productos aptos para usos múltiples, duraderos técnicamente y que, tras haberse convertido en residuos, se adaptan a una valorización adecuada y sin riesgos y una eliminación compatible con el medio ambiente.*

6. Así lo reconoce la propia LRSC en su Preámbulo. Véase su apartado VI, página 85654 de su publicación en el BOE n.º 181, de 29 de julio de 2011.

7. Su régimen jurídico se reguló inicialmente por la *Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos*

pionera[8] (esto conviene subrayarlo) y ha servido de modelo para la gestión de otros flujos de residuos, como por ejemplo, entre otros, los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos[9], los vehículos al final de su vida útil[10], etc.

de envases (DOCE L 365, de 31 de diciembre de 1994). Y en España, a nivel estatal, su transposición se produjo por la *Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases* (LERE, en adelante) (BOE n.º 99, de 25 de abril), hoy deslegalizada por el apartado 2 de la Disposición derogatoria única de la LRSC.

En desarrollo de la Ley 11/1997 se aprobó, de un lado, el *Real Decreto 782/1998, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases* (RRE, en adelante) (BOE n.º 104, de 1 de mayo de 1998), modificado por el Real Decreto 252/2006, de 3 de marzo (BOE n.º 54, de 4 de marzo de 2006; corrección de errores en BOE n.º 96, de 22 de abril de 2006). Y, de otro, la *Orden de 27 de abril de 1998 por la que se establecen las cantidades individualizadas a cobrar en concepto de depósito y el símbolo identificativo de los envases que se pongan en el mercado a través del sistema de depósito, devolución y retorno regulado en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases* (BOE n.º 104, de 1 de mayo de 1998; corrección de errores en el BOE n.º 120, de 20 de mayo de 1998). Asimismo, cabe mencionar la *Orden AAA/1783/2013, de 1 de octubre, por la que se modifica el anejo 1 del Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, aprobado por Real Decreto 782/1998, de 30 de abril* (BOE n.º 237, de 3 de octubre de 2013). Mediante esta Orden ministerial se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/2/UE de la Comisión; acogiendo los nuevos ejemplos de envases incorporados en el nuevo anexo I, y en virtud de la habilitación contenida en la Disposición final única del Real Decreto 782/1998, de 30 de abril, procede modificar el anejo 1 ("Ejemplos ilustrativos de la interpretación de la definición de envase") del Reglamento para el desarrollo y la ejecución de la Ley 11/1997, de 24 de abril, y derogar, por tanto, el artículo primero de la Orden MAM 3624/2006, de 17 de noviembre (BOE n.º 285, de 29 de noviembre de 2006).

8. No se olvide que tanto en Europa como en España la regulación de los envases y residuos de envases ha sido anterior a la de otros flujos de residuos.

9. Regulados, inicialmente, por la *Directiva 2002/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos* (DO L 37 de 13.2.2003), junto con la *Directiva 2002/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre residuos de aparatos eléctricos o electrónicos (RAEE)* (DOUE, L 37, de 13.02.2003, que fue transpuesta a nuestro derecho interno por el *Real Decreto 208/2005, de 25 de febrero, sobre aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos* (BOE n.º 49, de 26 de febrero de 2005). Decreto que fue dictado en desarrollo de los artículos 1.2 y 7 de la *Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos*, que facultaban al Gobierno, respectivamente, para fijar disposiciones particulares relativas a la producción y gestión de determinados tipos de residuos, y para imponer obligaciones y limitaciones a los

Nota 10 en página siguiente.

responsables de la puesta en el mercado de productos que con su uso se conviertan en residuos, de manera que se facilite su reutilización, reciclado y valorización.

Las directivas 2002/95/CE y 2002/96/CE, en aras de una mayor claridad, han sido objeto de refundición, respectivamente, de un lado, por medio de la *Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos* (DOUE L 174, de 1.07.2011), y, de otro, por medio de la *Directiva 2012/19/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE)* (DOUE L 197, de 24.07.2012).

Por último, se ha dictado el *Real Decreto 219/2013, de 22 de marzo, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos* (BOE n.º 71, de 23 de marzo de 2013), por el que se incorpora la Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011. Se difiere la transposición de la Directiva 2012/19/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, a la aprobación de otro real decreto (que ya ha tenido lugar), aunque debe advertirse que se derogan el artículo 3.a) y el anexo II del *Real Decreto 208/2005, de 25 de febrero, sobre aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos*. Completando este régimen jurídico ha sido aprobado el *Real Decreto 110/2015, de 20 de febrero, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos* (como ya hemos señalado anteriormente).

10. Regidos por la *Directiva 2000/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, relativa a los vehículos al final de su vida útil* (DO L 269, de 21.10.2000). Dicha Directiva fue transpuesta a nuestro derecho interno por medio del *Real Decreto 1383/2002, de 20 de diciembre, sobre gestión de vehículos al final de su vida útil* (BOE n.º 3, de 3 de enero de 2003). Igualmente, dicho Decreto fue dictado en desarrollo de los artículos 1.2 y 7 de la *Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos*, que facultan al Gobierno, respectivamente, para fijar disposiciones particulares relativas a la producción y gestión de determinados tipos de residuos, y para imponer obligaciones y limitaciones a los responsables de la puesta en el mercado de productos que con su uso se conviertan en residuos, de manera que se facilite su reutilización, reciclado y valorización.

Hace unos años se aprobó la *Directiva 2013/28/UE de la Comisión, de 17 de mayo de 2013, que modifica el anexo II de la Directiva 2000/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los vehículos al final de su vida útil* (DOUE L 135, de 22.05.2013), que incorpora como novedad una prórroga para la aplicación de la exención para el uso de plomo en soldaduras en aplicaciones eléctricas sobre vidrio (excepto en el caso de soldaduras en cristales de vidrio laminado), ya que la evaluación del progreso técnico y científico ha demostrado que el uso de plomo resulta inevitable, pues aún no se dispone de sustitutos, de manera que la finalización de esta exención que estaba prevista para el 1 de enero de 2013 se prorroga hasta el 1 de enero de 2016.

Con motivo de esta modificación, en nuestro derecho interno, ha sido dictada la *Orden PRE/26/2014, de 16 de enero, por la que se modifica el anexo II del Real Decreto 1383/2002, de 20 de diciembre, sobre gestión de vehículos al final de su vida útil* (BOE n.º 18, de 21 de enero de 2014), por la que se procede, por tanto, a modificar el Real Decreto 1383/2002, de 20 de diciembre, incorporando el nuevo anexo II.

Por ello, no es extraño que la propia LRSC, en su Preámbulo, exprese: "Si bien no puede afirmarse que esta regulación se introduzca *ex novo*, sí cabe destacar que se establece por primera vez un marco legal sistematizado y coherente, en virtud del cual los productores de productos que con su uso se convierten en residuos quedan involucrados en la prevención y en la organización de la gestión de los mismos, promoviéndose la reutilización, el reciclado y la valorización de residuos, de acuerdo con los principios inspiradores de esta nueva legislación".

Llegados a este punto debemos resolver dos interrogantes: **¿Qué se entiende por productor del producto?** Y **¿hasta dónde puede verse ampliada su responsabilidad o en qué consiste o puede consistir la responsabilidad ampliada del productor del producto?**

Respondiendo al primero de los interrogantes, por productor del producto se va a entender[11]: la persona física o jurídica que desarrolle, fabrique, procese, trate, venda o importe productos de forma profesional. Por consiguiente, y esto ha de tenerse claro, no se trata de un productor de residuos, y no ha de confundirse con dicho concepto[12].

En respuesta al segundo de los interrogantes, la responsabilidad del productor del producto se verá ampliada, consistirá o podrá consistir en una serie de medidas que el ordenamiento jurídico imponga para que los productores del producto (que con su uso se convierten en residuos) queden involucrados en dos aspectos:

a) la prevención, y
b) la organización de la gestión de los residuos.

Recuérdese que por "prevención" debe entenderse lo siguiente[13]:

11. Conforme al artículo 8.1 DMR y con el artículo 31 LRSC.

12. Productor de residuos es: "cualquier persona física o jurídica cuya actividad produzca residuos (productor inicial de residuos) o cualquier persona que efectúe operaciones de tratamiento previo, de mezcla o de otro tipo, que ocasionen un cambio de naturaleza o de composición de esos residuos".

Definido por el artículo 3, apartado 5), de la DMR, y por el artículo 3, letra i), de la LRSC.

No obstante, la definición de la LRSC añade: "En el caso de las mercancías retiradas por los servicios de control e inspección en las instalaciones fronterizas se considerará productor de residuos al representante de la mercancía, o bien al importador o exportador de la misma".

13. Conforme a lo dispuesto por el artículo 3, apartado 12, de la DMR, y a tenor de lo establecido en el artículo 3, letra h), de la LRSC.

[...] conjunto de medidas adoptadas en la fase de concepción y diseño, de producción, de distribución y de consumo de una sustancia, material o producto, para reducir:
1.º La cantidad de residuo, incluso mediante la reutilización de los productos o el alargamiento de la vida útil de los productos.
2.º Los impactos adversos sobre el medio ambiente y la salud humana de los residuos generados, incluyendo el ahorro en el uso de materiales o energía.
3.º El contenido de sustancias nocivas en materiales y productos.

Téngase presente que la reutilización es una operación realizada a productos que no sean residuos. Esta cualidad le hace diferente a la "preparación para la reutilización"[14] que, por el contrario, tiene lugar sobre productos o componentes de productos que ya son residuos y que, por tanto, la convierten en una operación de valorización, no de prevención.

Debemos recordar que por residuo se entiende: "cualquier sustancia u objeto del cual su poseedor se desprenda o tenga la intención o la obligación de desprenderse"[15].

Unos ejemplos que nos ayudan a comprender tales conceptos y a distinguirlos son los siguientes: si una persona, tras consumir el contenido de una botella de vidrio, reutiliza dicha botella para rellenarla de agua, por ejemplo, está "reutilizando", no ha convertido en residuo tal botella, no la ha destinado al abandono, no se ha desprendido de ella, no la ha desechado y por tanto no la ha convertido en residuo. Tal operación de reutilización es una operación de prevención, ha prevenido la formación de un residuo. Ahora bien, si nos desprendemos de un automóvil, aun cuando este todavía podría funcionar, pero hemos decidido adquirir uno nuevo y lo entregamos para desechar, para darlo de baja y llevarlo a un desguace, lo convertimos en un residuo, y aunque en el desguace aprovechen al máximo sus componentes para darles una nueva vida, esto es, "preparen para la reutilización" aquellos componentes que sean susceptibles de tal destino, en tales casos estamos ante una operación de valorización, porque dicho automóvil era un residuo, su propietario se desprendió de él, lo convirtió en residuo.

14. Aparece definida en el artículo 3, apartado 16, de la DMR, y en el artículo 3, letra s), de la LRSC, y se entiende por ella: "la operación de valorización consistente en la comprobación, limpieza o reparación, mediante la cual productos o componentes de productos que se hayan convertido en residuos se preparan para que puedan reutilizarse sin ninguna otra transformación previa".

15. Artículo 3, punto 1, de la DMR.

Pues bien, en virtud de la responsabilidad ampliada, los productores de los productos van a quedar involucrados en la prevención. Y, además, quedan involucrados en la organización de la gestión de los residuos.

3
Sistemas de gestión de residuos

La DMR no diseña un modelo preciso y concreto de gestión de los residuos que deban establecer los Estados miembros para el cumplimiento de su obligación de ampliar la responsabilidad del productor del producto, sino que vislumbra un posible sistema de aceptación obligatoria tanto de los productos devueltos (tras su uso) como de los residuos que queden (tras el uso del producto), con la consiguiente obligación para el productor del producto de asumir la gestión de dichos residuos y su financiación[16], previéndose, además, que los distribuidores puedan compartir dicha responsabilidad con el productor del producto, siempre que así lo decidan los Estados miembros en su libertad de decisión acerca del modo de ampliar la responsabilidad del productor del producto en la organización de la gestión de los residuos[17].

No obstante, pese a que el posible modelo que deja entrever la DMR es un modelo conocido desde hace tiempo, *id est*, el modelo de devolución obligatoria, no es menos cierto que el artículo 8.1 abre el abanico de posibilidades para los Estados miembros, contemplando que estos podrán adoptar medidas legislativas o no legislativas para garantizar que el productor del producto vea ampliada su responsabilidad de productor, señalando (en su párrafo segundo) que "dichas medidas podrán incluir, entre otras cosas (…)". Es decir, caben perfectamente otros modelos o sistemas de gestión.

Eso sí, se adopte el modelo que se adopte por parte de los Estados miembros, ya sea el sistema de devolución obligatoria de productos (tras su uso) y de los residuos que queden después de haber usado dichos productos,

16. Previsto en el artículo 8.1, párrafo segundo, de la DMR, concretamente cuando señala: "Dichas medidas podrán incluir, entre otras cosas, la aceptación de los productos devueltos y de los residuos que queden después de haber usado dichos productos, así como la subsiguiente gestión de los residuos y la responsabilidad financiera de estas actividades. Estas medidas podrán incluir la obligación de ofrecer información accesible al público sobre en qué medida el producto es reutilizable y reciclable".

17. *Vid*. artículo 15.3 DMR, que contempla: "Los Estados miembros podrán decidir con arreglo al artículo 8 que la responsabilidad de la organización de la gestión de los residuos competerá parcial o totalmente al productor del producto del que proceden los residuos y que los distribuidores de dicho producto podrán compartir esta responsabilidad".

o ya sea cualquier otro, las exigencias que se imponen a los Estados miembros son[18]:

a) Deben tener en cuenta la viabilidad técnica y económica.
b) Deben tener en cuenta el conjunto de impactos medioambientales, sobre la salud humana y sociales.
c) Deberán respetar la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

Con estos mimbres, la LRSC adopta sistemas que son ya viejos conocidos entre nosotros:

a) el sistema de depósito, devolución y retorno;
b) el sistema individual;
c) el sistema colectivo[19].

Respecto al sistema de depósito, devolución y retorno, el artículo 31.2 LRSC, letra d), en su versión modificada por la *Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente*, prevé que los productores de productos que con su uso se convierten en residuos podrán ser obligados a "Establecer sistemas de depósito que garanticen la devolución de las cantidades depositadas y el retorno del producto para su reutilización o del residuo para su tratamiento en los casos de residuos de difícil valorización o eliminación, de productos o residuos cuyas características determinen que estos sistemas sean la opción más adecuada para su correcta gestión o cuando no se cumplan los objetivos de gestión fijados en la normativa vigente"[20].

Ahora bien, la *Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente*, ha incluido un párrafo final en el apartado tercero del artículo 31 por el que, curiosamente, la implantación de sistemas de depósito, devolución y retorno de residuos se establecerá con carácter voluntario[21].

18. A tenor de lo establecido en el artículo 8.3 DMR.

19. No obstante, cuando se hayan implantado sistemas públicos de gestión, los productores podrán dar cumplimiento a estas obligaciones contribuyendo económicamente a dichos sistemas, de forma proporcional a las cantidades de producto que pongan en el mercado y atendiendo a los costes efectivos de su gestión. Véase el artículo 32.1 LRSC.

20. Modificación llevada a cabo por el artículo tercero, punto tres, de la *Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente*.

21. Dicha inclusión tiene lugar en el artículo tercero, punto cuatro, de la *Ley11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente*, que, literalmente, establece: "La implantación de sistemas de depósito, devolución y retorno de residuos se establecerá con carácter voluntario, con el límite de los supuestos contemplados en el artículo 31.2.d)".

Decimos "curiosamente" porque esta previsión difiere de lo estipulado en el régimen jurídico de los envases y residuos de envases, donde el sistema de depósito, devolución y retorno de envases usados y residuos de envases (SDDR, en adelante) es el sistema obligatorio para todos los agentes económicos que participen en la cadena de comercialización de un producto envasado.

Nos explicamos: como es sabido, en nuestro país, el régimen jurídico de los envases y residuos de envases prevé, principalmente, dos sistemas de gestión de envases usados y residuos de envases:

a) El sistema de depósito, devolución y retorno de envases usados y residuos de envases (SDDR).
b) El sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados (SIG, en adelante).

Su funcionamiento (en el régimen jurídico de los envases y residuos de envases) se articula justo al contrario; obliga, con carácter general, a todos los agentes económicos que participen en la cadena de comercialización de un producto envasado a la adopción del SDDR, y ofrece la posibilidad de eximirse de dicha obligación y, por tanto, de su consecuente régimen jurídico, si dichos agentes económicos participan en un SIG[22] (como por ejemplo, ECOEMBES y ECOVIDRIO).

Ahora bien, no es menos cierto que a nadie ha pasado inadvertido[23] que, a pesar de que (en el régimen jurídico de los residuos de envases y envases usados) el SDDR se haya establecido como régimen general obligatorio y los SIG como régimen excepcional (y cauce por el cual eximirse de las obligaciones que conlleva el SDDR), la realidad y verdadero espíritu

22. Así lo afirma claramente la Exposición de Motivos de la LERE, refiriéndose a la regulación prevista en su Capítulo IV: "regula dos diferentes procedimientos: en primer lugar, se establece con carácter general, que los distintos agentes que participen en la cadena de comercialización de un producto envasado (envasadores, importadores, mayoristas y minoristas) deben cobrar a sus clientes, hasta el consumidor final, una cantidad por cada producto objeto de transacción y devolver idéntica suma de dinero por la devolución del envase vacío. En segundo lugar, los agentes citados podrán eximirse de las obligaciones derivadas del procedimiento general cuando participen en un sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados (…)".

23. *Vid.* Rosa Moreno, J., *Nuevo ordenamiento de la basura*, Trivium, Madrid, 1998, pág. 195. Igualmente, en idéntico sentido, Garrido Courel, P., "Reflexiones en torno a la Ley de Envases y Residuos de Envases", *La Ley*, año XIX, n.º 4558, 9 de junio de 1998, pág. 5. Y Alenza García, J. F., *El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el derecho español*, Instituto Nacional de Administración Pública-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997, pág. 516.

de la *Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases* (LERE) era que los SIG se configurasen como régimen general y el SDDR como excepcional, y así ha sucedido.

En lo que concierne al sistema individual[24] y **al sistema colectivo**, con carácter general, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 de la LRSC, estos serán los sistemas obligatorios para que los productores de productos cumplan con su responsabilidad relativa a la organización de la gestión de los residuos, debiendo, eso sí, optar por uno de ellos[25].

Así las cosas, con carácter general, **respecto al sistema individual**, el artículo 32.2 LRSC exige que los productores que opten por un sistema individual deberán presentar una comunicación previa al inicio de las actividades, indicando su funcionamiento y las medidas que aplicarán para el

24. La regulación sectorial será la que detalle el sistema individual, esto es, será la que indique cómo los productores de esos concretos productos pueden organizar sistemas propios de gestión de los residuos que generen sus productos.

En este sentido, por ejemplo, con relación a los envases usados y residuos de envases, el apartado 2, párrafo segundo, de la Disposición adicional primera de la LERE, dispone que serán "sistemas propios de depósito, devolución y retorno de envases reutilizables previa autorización de las comunidades autónomas donde se implanten estos sistemas". Por tanto, un lechero que envase su leche fresca en envases reutilizables (botellas de vidrio) podría acogerse a este sistema individual (configurado como un sistema de depósito, devolución y retorno propio), cobrando una cantidad de dinero (en concepto de depósito) por cada envase al consumidor (o distribuidor) que devolverá una vez se le devuelva el envase vacío y, todo ello, previa autorización autonómica.

Otro ejemplo: en el caso de los neumáticos fuera de uso, el productor de neumáticos está obligado individualmente a recibir los neumáticos fuera de uso, hasta la cantidad puesta por él en el mercado nacional de reposición, bien porque le sean entregados por los generadores o por los poseedores de estos, bien porque sean recogidos por él mismo, pudiendo cumplir dichas obligaciones realizando directamente la gestión de los neumáticos fuera de uso derivados de los neumáticos que haya puesto en el mercado nacional de reposición, o entregándolos a gestores autorizados de neumáticos fuera de uso. En estos casos, los productores de neumáticos deberán notificarlo al órgano competente en materia medioambiental de la correspondiente comunidad autónoma, quedando registradas dichas actividades en la forma que a tal efecto establezca la misma. No obstante, las comunidades autónomas podrán someter a autorización dichas actividades (*cfr.* artículos 4 y 6 del *Real Decreto 1619/2005, de 30 de diciembre, sobre la gestión de neumáticos fuera de uso*).

25. Véase el artículo 32.1 LRSC, que dispone: "Se dará cumplimiento a las obligaciones que se establezcan en el marco de la responsabilidad ampliada del productor del producto de forma individual o de forma colectiva".

Asimismo, el artículo 32.1 LRSC permite que "Donde se hayan implantado sistemas públicos de gestión, los productores podrán dar cumplimiento a estas obligaciones contribuyendo económicamente a dichos sistemas, de forma proporcional a las cantidades de producto que pongan en el mercado y atendiendo a los costes efectivos de su gestión".

cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada. Esta comunicación se presentará ante el órgano competente de la comunidad autónoma donde radique su sede social y se inscribirá en el Registro de producción y gestión de residuos[26]. El contenido de la comunicación será el previsto en el anexo IX de la LRSC (al que nos remitimos *in toto*).

De otro lado, **con relación al sistema colectivo**, los productores que opten por este sistema para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada del productor del producto deberán, entre otros requisitos señalados por el artículo 32.3 de la LRSC (modificado por la Ley 11/2012)[27], constituir una asociación (de las previstas en la *Ley Or-*

26. Guarda gran similitud (a pesar de las diferencias) con lo establecido para el Sistema de Depósito, Devolución y Retorno previsto en el régimen jurídico de los envases, en el que se exige que cuando un envasador vaya a poner en el mercado la totalidad o parte de sus productos a través de este sistema, incluso si se trata de envases comerciales o industriales, cuando voluntariamente así lo decida o porque reglamentariamente así se haya establecido (Disposición adicional primera, apartados 1 y 5, de la LERE), debe comunicarlo a la comunidad autónoma en cuyo territorio se vaya a realizar la primera puesta en el mercado, comprometiéndose a adoptar las medidas que permitan la plena operatividad del mismo en el plazo de tres meses desde la citada comunicación [art. 6.2 a) RRE]. Esta comunicación ha de contener:

- Los acuerdos suscritos con los agentes económicos a quienes se efectuará la entrega de los residuos de envases y envases usados, en los términos establecidos en el art. 12 de la LERE.
- Una relación detallada de los productos envasados que se desea poner en el mercado a través de este sistema, indicando el tipo de material, composición, características físico-químicas y biológicas del envase, así como una información de carácter general sobre el producto envasado [art. 6.2 a), párrafo segundo, RRE].

27. Tras la modificación, llevada a cabo por el artículo tercero, punto cinco, de la *Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente*, la nueva redacción del artículo 32.2 LRSC es la siguiente:

> *Los productores que opten por un sistema colectivo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada constituirán una asociación de las previstas en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, u otra entidad con personalidad jurídica propia sin ánimo de lucro. Los sistemas colectivos ajustarán su funcionamiento a las reglas propias de la figura jurídica elegida para su creación garantizando, en todo caso, la participación de los productores en función de criterios objetivos, así como sus derechos a la información, a la formulación de alegaciones y a su valoración, de conformidad con lo que reglamentariamente se establezca.*
>
> *Los sistemas colectivos deberán solicitar una autorización previa al inicio de su actividad. El contenido mínimo de la solicitud será el previsto en el anexo X y se presentará ante el órgano competente de la comunidad autónoma donde el sistema tenga previsto establecer su sede social.*

gánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación) u otra entidad con personalidad jurídica propia sin ánimo de lucro. Asimismo, el sistema colectivo deberá solicitar una **autorización previa** al inicio de su actividad. El contenido mínimo de la solicitud será el previsto en el anexo X de la LRSC (al que nos remitimos *in toto*) y se presentará ante el órgano competente de la comunidad autónoma donde el sistema tenga previsto establecer su sede social.

En cuanto al **procedimiento autorizatorio** debe destacarse que, una vez comprobada la integridad documental del expediente, la solicitud de autorización será remitida a la Comisión de coordinación en materia de residuos[28] para su informe con carácter previo a la resolución de la comunidad autónoma. Esta comunidad autónoma concederá, si procede, la autorización, en la que se fijarán las condiciones de ejercicio, y la autorización será válida para todo el territorio nacional[29] y se inscribirá en el Registro

Una vez comprobada la integridad documental del expediente, la solicitud de autorización será remitida a la Comisión de coordinación en materia de residuos para su informe con carácter previo a la resolución de la comunidad autónoma. La comunidad autónoma concederá, si procede, la autorización en la que se fijarán las condiciones de ejercicio. La autorización será válida para todo el territorio nacional y se inscribirá en el Registro de producción y gestión de residuos. Las condiciones de ejercicio y la autorización deberán ajustarse a los principios previstos en el artículo 9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. El plazo máximo para la tramitación de la autorización será de seis meses prorrogables, de manera motivada, por razones derivadas de la complejidad del expediente; dicha prórroga podrá hacerse por una sola vez, por un tiempo limitado y antes de que haya expirado el plazo original. Transcurrido el plazo sin haberse notificado resolución expresa se entenderá desestimada la solicitud presentada.

El contenido y la vigencia de la autorización será el que establezca la regulación específica. Cuando no se indique el plazo de vigencia, la autorización tendrá una duración de cinco años y se renovará siguiendo lo establecido en este apartado. La autorización no podrá transmitirse a terceros.

Durante la vigencia de las autorizaciones, la Comisión de coordinación en materia de residuos podrá realizar el seguimiento del cumplimiento de las autorizaciones y de las condiciones de ejercicio.

28. La Comisión de coordinación en materia de residuos ha sido creada por el artículo 13 LRSC, siendo esta una de las novedades más destacables, si bien la Disposición transitoria sexta ha establecido que se constituirá en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la misma. La Comisión de coordinación en materia de residuos está adscrita al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, como órgano de cooperación técnica y colaboración entre las Administraciones competentes en materia de residuos.

29. Respecto a los sistemas colectivos esta es la modificación más importante que ha introducido la Ley 11/2012 en la LRSC, que, en su redacción inicial, contemplaba que

de producción y gestión de residuos[30]. El plazo máximo para la tramitación de la autorización será de seis meses prorrogables, de manera motivada, por razones derivadas de la complejidad del expediente; dicha prórroga podrá hacerse por una sola vez, por un tiempo limitado y antes de que haya expirado el plazo original. Transcurrido el plazo sin haberse notificado resolución expresa se entenderá desestimada la solicitud presentada.

"para actuar en otras comunidades autónomas, el sistema colectivo deberá solicitar autorización a los restantes órganos autonómicos competentes y aportar la documentación que acredite que dispone de una autorización. Si estos órganos no se pronuncian en sentido contrario en un plazo de dos meses, se entenderá que el sistema colectivo cumple con las condiciones para el ejercicio de su actividad en la comunidad autónoma de que se trate y podrá iniciar dicha actividad; si consideran necesario establecer algún requisito específico lo notificarán al interesado y continuarán la tramitación de la solicitud de la autorización. Cualquiera de estas circunstancias se inscribirá en el Registro de producción y gestión de residuos".

Esta previsión ha desaparecido y, a nuestro juicio, la nueva previsión tendrá la virtud de descargar a los sistemas colectivos de la tediosa tarea de solicitar, una a una, la "preceptiva" autorización a cada una de las comunidades autónomas. Ahora ya no será así, pero quizá esta previsión puede resultar controvertida desde el punto de vista del reparto constitucional de competencias, porque, según se desprende de la Disposición final primera de la LRSC, esta Ley tiene el carácter de legislación básica de protección del medio ambiente, de conformidad con el artículo 149.1.23.ª CE. A mayor abundamiento, la Disposición final primera de la *Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente*, no especifica el título competencial por el que se modifica la LRSC. Siendo esto así, las comunidades autónomas pueden establecer normas adicionales de protección, y establecer en sus territorios requisitos adicionales a los sistemas colectivos. Entonces, el debate es: ¿con una autorización válida para todo el territorio nacional no se está atentando contra las competencias autonómicas en materia de medio ambiente? En nuestra opinión, es más acertada la redacción original de la LRSC, por cuanto se muestra más respetuosa con el reparto competencial en la materia y dota de cierta agilidad a los sistemas colectivos para la obtención de las preceptivas autorizaciones.

30. Como es sabido, la conocida como "Ley ómnibus", la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, en su artículo 32, modificó la *Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos*, añadiendo un artículo 6 bis relativo al Registro de producción y gestión de residuos, contemplando lo siguiente: "La información, autorizaciones y registros que se deriven de esta Ley se incorporarán por las comunidades autónomas, a efectos informativos, a un Registro de producción y gestión de residuos que será compartido y único para todo el territorio español. Este Registro se desarrollará reglamentariamente previa consulta a las comunidades autónomas, será público y accesible a cualquier persona física o jurídica que cumpla con los requisitos que reglamentariamente se establezcan".

Pues bien, la LRSC regula el Registro de producción y gestión de residuos en su artículo 39.

El contenido y la vigencia de la autorización serán los que establezca la regulación específica, y si no se indicara el plazo de vigencia, la autorización tendrá una duración de cinco años, renovable. La autorización no podrá transmitirse a terceros[31].

Asimismo, se prevé que el sistema colectivo de responsabilidad ampliada del productor del producto pueda dar cumplimiento a sus obligaciones por sí mismo o pueda constituir o contratar una entidad administradora, que deberá tener personalidad jurídica propia y diferenciada de la del sistema colectivo y que actuará bajo la dirección de este[32].

Como decíamos, el sistema individual y el sistema colectivo serán los sistemas obligatorios para que los productores de productos cumplan con su responsabilidad relativa a la organización de la gestión de los residuos, debiendo optar por uno de ellos. Pues bien, **en ambos casos, ya se trate de un sistema individual o colectivo, estarán obligados a cumplir lo siguiente**:

a) Cumplir con lo establecido en sus normas específicas, así como en el resto de las normas que les resulten aplicables con carácter general.
b) Organizar la recogida en todo el territorio estatal de todos los residuos generados por los productos que han puesto en el mercado. Para ello podrán acogerse a una entidad o empresa pública de recogida y podrán celebrar acuerdos con otros sistemas de responsabilidad ampliada para coordinar la organización de la gestión.
c) Suministrar a las comunidades autónomas anualmente la información que reglamentariamente se establezca relativa a los residuos gestionados, la relación de las entidades o empresas, o en su caso de las entidades locales, que realicen la gestión de los residuos,

31. La regulación establecida para el sistema colectivo que realiza la LRSC también guarda gran parecido con la regulación que realiza la legislación de los envases y residuos de envases respecto a los sistemas integrados de gestión, pues recordemos que para que un SIG pueda desarrollar su actividad es *conditio sine qua non* la existencia de autorización autonómica (aunque ahora debe matizarse este aspecto, porque con la Ley 11/2012 la autorización autonómica de donde tenga su sede social tendrá validez para todo el territorio del Estado). Se trata de una autorización temporal, concediéndose por un período de cinco años, pudiéndose renovar de forma sucesiva por idéntico período de tiempo, pero no puede transmitirse a terceros. El plazo máximo para responder a las solicitudes de SIG es de seis meses.

32. Véase artículo 32.4 LRSC.

así como un informe de los pagos efectuados a estas entidades o empresas en relación con dichas actividades.

d) Suscribir las fianzas, seguros o garantías financieras que se establezcan en cada caso en los reales decretos que regulen la responsabilidad ampliada del productor en cada flujo de residuos.

e) Celebrar acuerdos con las Administraciones cuando estas intervengan en la organización de la gestión de los residuos.

f) Celebrar acuerdos o contratos con los gestores de residuos, o en su caso con otros agentes económicos.

g) En el caso de que se repercuta una cantidad en el precio de los productos destinada a cubrir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada del productor, dicha cantidad no podrá superar el coste de estas obligaciones.

h) Las aportaciones de los productores al sistema colectivo, cuando se establezcan, deberán cubrir en todo caso las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada del productor.

i) Los sistemas colectivos deberán comunicar con antelación a todos los integrantes del sistema y a la Comisión de coordinación en materia de residuos la previsión de modificación de los costes de la gestión de los residuos.

j) Los sistemas colectivos deberán presentar cada año a la Comisión de coordinación en materia de residuos sus cuentas anuales auditadas externamente y aprobadas; en las mismas se reflejarán las aportaciones de los productores al sistema colectivo, y la justificación de su destino al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada del productor; asimismo, presentarán su presupuesto para el año siguiente. La Comisión podrá solicitar la información complementaria que estime necesaria.

k) Salvaguardar la confidencialidad de la información que los miembros del sistema hayan aportado para el funcionamiento del sistema colectivo y que pueda resultar relevante para su actividad productiva o comercial[33].

En virtud de todo lo anterior, a nuestro juicio, de la regulación que realiza la LRSC de la responsabilidad ampliada del productor del producto relativa a la gestión de los residuos (tanto si se opta por cumplir las obligaciones a través del sistema individual como por el sistema colectivo) se desprende que este régimen jurídico será el régimen común aplicable a

33. *Sic* artículo 32.5 LRSC.

todos los sistemas previstos por la regulación sectorial (o "normas reguladoras de cada flujo de residuos", en terminología de la propia LRSC), con la única posibilidad para estas regulaciones específicas de establecer para los sistemas colectivos (actuales sistemas integrados de gestión de residuos) el contenido y la vigencia de la autorización. En este último caso, si no se indicara el plazo de vigencia, la autorización tendrá una duración de cinco años, renovable[34].

En definitiva, la responsabilidad ampliada del productor del producto consiste en un conjunto de potenciales (pero previsibles) obligaciones del productor del producto relativas, de un lado, al diseño de sus productos (que deben orientarse hacia el uso eficaz de los recursos durante todo su ciclo de vida), y, de otro, a la gestión del residuo que genere el producto. Dichas obligaciones serán concretadas, definidas por el ordenamiento jurídico para cada tipología de producto y su consecuente residuo. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico así lo contempla en el artículo 31.2 LRSC, que establece:

> *En aplicación de la responsabilidad ampliada y con la finalidad de promover la prevención y de mejorar la reutilización, el reciclado y la valorización de residuos, los productores de productos que con el uso se convierten en residuos podrán ser obligados a:*
>
> *a) Diseñar productos de manera que a lo largo de todo su ciclo de vida se reduzca su impacto ambiental y la generación de residuos, tanto en su fabricación como en su uso posterior, y de manera que se asegure que la valorización y eliminación de los productos que se han convertido en residuos se desarrolle de conformidad con lo establecido en esta Ley.*
>
> *b) Desarrollar, producir, etiquetar y comercializar productos aptos para usos múltiples, duraderos técnicamente y que, tras haberse convertido en residuos, sea fácil y clara su separación y puedan ser preparados para su reutilización o reciclado de una forma adecuada y sin riesgos y a una valorización y eliminación compatible con el medio ambiente.*
>
> *c) Aceptar la devolución de productos reutilizables, la entrega de los residuos generados tras el uso del producto; a asumir la subsiguiente gestión de los residuos y la responsabilidad financiera de estas actividades, ofrecer información a las instalaciones de preparación para la reutilización sobre reparación y desguace, así*

34. *Cfr.* artículo 32.5 LRSC.

como información accesible al público sobre en qué medida el producto es reutilizable y reciclable.

d) Establecer sistemas de depósito que garanticen la devolución de las cantidades depositadas y el retorno del producto para su reutilización o del residuo para su tratamiento en los casos de residuos de difícil valorización o eliminación, de productos o residuos cuyas características determinen que estos sistemas sean la opción más adecuada para su correcta gestión o cuando no se cumplan los objetivos de gestión fijados en la normativa vigente[35].

e) Responsabilizarse total o parcialmente de la organización de la gestión de los residuos, pudiendo establecerse que los distribuidores de dicho producto compartan esta responsabilidad.

f) Utilizar materiales procedentes de residuos en la fabricación de productos.

g) Proporcionar información sobre la puesta en el mercado de productos que con el uso se convierten en residuos y sobre la gestión de estos, así como realizar análisis económicos o auditorías.

h) Informar sobre la repercusión económica en el producto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada.

El artículo anterior debe completarse con lo dispuesto en el artículo 31.3 de la LRSC, por el cual se pone de manifiesto que, en nuestro país, la concreción de la responsabilidad ampliada del productor del producto (para cada tipología de producto y su consecuente residuo) se realizará mediante real decreto[36].

En resumen, que los contornos precisos de la responsabilidad ampliada del productor de un determinado producto (sus concretas obligaciones en cuanto al diseño de sus productos, así como con relación a la gestión del residuo que genere dicho producto) se detallarán en un real decreto.

35. Esta es la nueva redacción de la letra d) del apartado segundo del artículo 31 de la LRSC tras la modificación llevada a cabo por el artículo tercero, punto tres, de la *Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente* (BOE n.º 305, de 20 de diciembre de 2012).

36. Tal y como dispone el artículo 31.3 de la LRSC: "El establecimiento de estas medidas se llevará a cabo mediante real decreto aprobado por el Consejo de Ministros, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, el conjunto de impactos ambientales y sobre la salud humana, y respetando la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior".

Este planteamiento de la LRSC, lógicamente, obedece a las particularidades de cada producto y su residuo, adoptando el esquema (simple y elemental) consistente en que el régimen general de la responsabilidad ampliada del productor del producto se contempla en la Ley general de residuos, siendo detallado su grado de amplitud por los reales decretos que regulen cada uno de los flujos de residuos.

4
Breve alusión a las ordenanzas locales de residuos

Como anticipábamos al principio, el encaje de las entidades locales en el ámbito de la responsabilidad ampliada del productor del producto se produce, en primer lugar, a través de la redacción de las correspondientes ordenanzas locales, por las cuales se va a regular el modo en el que las entidades locales van a prestar tales servicios obligatorios de recogida, transporte y tratamiento de los residuos domésticos, debiendo tener presentes los reales decretos que regulen de manera específica y sectorial la responsabilidad ampliada del productor de tales productos, que se implementarán con la celebración de acuerdos entre dichas Administraciones, y los sistemas individuales o colectivos por los cuales los productores de productos hayan decidido dar cumplimiento a sus obligaciones de gestión de los residuos que generen los productos que ponen en el mercado.

En virtud de tales acuerdos, las entidades locales podrán obligarse a realizar la recogida de la tipología de residuos de que se trate a cambio de contraprestaciones económicas a cargo de los sistemas individuales o colectivos de gestión. Y esta obligación pactada, acordada con los sistemas individuales o colectivos de gestión de residuos, se efectuará según lo previsto al respecto en las ordenanzas locales, esto es, bien mediante la ubicación en la vía pública de contenedores concretos, bien mediante la previsión de su recogida "puerta a puerta" en días específicos, o bien mediante la dotación de uno o varios puntos limpios donde los ciudadanos puedan entregar tales residuos.

5
Bibliografía

Alenza García, J. F., *El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el derecho español*, Instituto Nacional de Administración Pública-Boletín Oficial del Estado, Madrid. 1997.

Alenza García, J. F., "Características, novedades y carencias en el Proyecto de (nueva) Ley de residuos y suelos contaminados", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 11 de julio de 2011. Disponible en http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2011/07/2011_07_Alenza_residuos.pdf.

Alenza García, J. F., "El nuevo régimen legal de los residuos", en Blasco Hedo, E. (coord.), *La nueva Ley de residuos y suelos contaminados*, CIEDA-CIEMAT, Madrid, 2013.

Bravo, M.ª J., "La responsabilidad del consumidor", *Ecosistemas*, n.º 19, 1997.

Butlin, M. J., *La durée de vie des produits et son allongement. Contribution a la gestion des déchets solides*, Informe OCDE, 1982.

González Vaqué, L., "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara ilegal el sistema de consigna de los envases de un solo uso: las sentencias 'Comisión/Alemania' y 'Radlberger Getränke y S. Spitz' de 14 de diciembre de 2004", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 237, mayo/junio 2005.

Krämer, L., "El derecho comunitario relativo a la gestión de los residuos", en VV. AA., *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

Krämer, L., *Derecho Ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*, Marcial Pons [traducción de la 3.ª edición de la obra *E.C. Treaty and environmental Law* (1998), realizada por Luciano Parejo Alfonso y Ángel Manuel Moreno Molina], Madrid, 1999.

López Ramón, F., "Problemas del régimen de los residuos", *REDA*, n.º 108, 2000.

Marimon Sunyol, R., *Los residuos sólidos urbanos. Análisis de un servicio municipal*, Moneda y Crédito, Barcelona, 1980.

Martín Mateo, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, vols. I y II, Trivium, Madrid, 1992.

Martín Mateo, R. y Rosa Moreno, J., *Nuevo ordenamiento de la basura*, Trivium, Madrid, 1998.

Ortega Álvarez, L. (coord.), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, 4.ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2005.

Ortega Bernardo, J., "El espacio que corresponde a las entidades locales para la configuración del moderno servicio público de gestión de residuos y las ordenanzas", *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 19, 2009.

Peñalver Cabré, A., *La regulación municipal de los residuos*, Cedecs, Barcelona, 1997.

Poveda Gómez, P., *Envases y residuos de envases. Nueva legislación. Comentarios a la Ley 11/1997, de 24 de abril*, Ex-Libris, Madrid, 1997.

Santamaría Arinas, R. J., *Régimen jurídico de la producción y gestión de residuos*, Monografías de la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, n.º 11, 2007.

Santamaría Arinas, R. J., "Residuos", en VV. AA., *Derecho Ambiental. Parte especial II (Segunda edición)*, LETE argitaletxea, Bilbao, 2010.

Santamaría Arinas, R. J., "¿Hacia la economía circular europea sin los municipios? Una crítica sectorial de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º especial 99-100, mayo-diciembre 2014.

Santamaría Arinas, R. J., "Aproximación jurídica a las medidas de la Unión Europea para la economía circular", *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, n.º 117, 2016.

Serrano Lozano, R., *El régimen jurídico de los residuos de envases*, Dykinson, Madrid, 2007.

Serrano Lozano, R., "La llamada 'responsabilidad ampliada del productor', en el nuevo marco jurídico de los residuos encaminado hacia el logro de una 'sociedad (europea) del reciclado'", en Blasco Hedo, E. (coord.), *La nueva Ley de residuos y suelos contaminados*, CIEDA-CIEMAT, Madrid, 2013.

Serrano Lozano, R., "La nueva regulación marco de los residuos", en Ortega Álvarez, L. y Alonso García, C. (dirs.), *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

El régimen local ante los retos jurídicos de la economía circular

René Javier Santamaría Arinas
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de La Rioja[1]

1. **Consideraciones previas**
   1.1. Rasgos generales del derecho de los residuos
   1.2. Principales factores que impulsan su evolución
   1.3. Marco competencial
2. **Sobre el alcance de los títulos de intervención local en materia de residuos**
   2.1. La visión lineal de la LBRL de 1985
   2.2. Desconcierto y crítica de la LRSAL
   2.3. La clarificación del panorama por el Tribunal Constitucional
   2.4. El alcance de la materia
   2.5. La determinación sectorial de las competencias
   2.6. Los servicios públicos esenciales
   2.7. Los servicios públicos obligatorios
   2.8. Las potestades reguladoras y ejecutivas
   2.9. La proyección de todo ello en el nuevo escenario circular
   2.10. Retos inmediatos: la ordenación de la recogida como factor decisivo
3. **Reflexión final**

1. Este trabajo se ha elaborado al amparo del Proyecto de investigación APPI16/11 "Repensando el Derecho Administrativo (II): entre la innovación y la tradición. Perspectiva sectorial", financiado con cargo al Plan Propio de apoyo a la Investigación de la Universidad de La Rioja.

Resumen

Este trabajo tiene por objeto contribuir a la reflexión sobre el papel que juegan las Administraciones locales –y, en particular, los municipios– en la consecución de los ambiciosos objetivos señalados por la política europea de residuos y recursos. Para facilitar su comprensión se ha considerado indispensable presentar con carácter previo, bien que de forma muy sintética, los principales factores que influyen en la evolución del derecho del sector. Pero, sin poder profundizar aquí en sus innumerables derivaciones, lo que se pretende es aportar un conjunto de impresiones que permitirían replantear adecuadamente el todavía necesario debate sobre el alcance de los títulos que, conforme a la legislación de régimen local en conexión con la legislación sectorial, habilitan a los municipios para intervenir en la materia. El resultado de este replanteamiento –que tiene, por supuesto, en cuenta la reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre la (en gran medida, fallida) reforma local de 2013– se contrasta, finalmente, con los nuevos retos que se anuncian en la transición hacia la "economía circular" europea y que parecen conducir a un dilema más político que jurídico.

Palabras clave: *economía circular; municipios; residuos y recursos; reducción; recogida; reutilización; reciclado*.

Local law before the challenges of circular economy

Abstract

This article analyzes the role of local administrations –particularly municipalities– in achieving the ambitious objectives of the European policy on waste and resources. To facilitate this analysis, first the article briefly presents the main factors which impact on the evolution of the legislation in this field. The article pretends to discuss some ideas which would allow the reconsideration of the powers and competences of municipalities in this field. The result of this reassessment, which takes into account the recent doctrine of the Spanish Constitutional Court on the (to a great extent, failed) local reform of 2013, is contrasted with the new challenges that the transition to the European "circular economy" entailed, new challenges which imply more political than legal dilemmas.

Keywords: circular economy; municipalities; waste and resources; reduction; collection; reuse; recycling.

1
Consideraciones previas

1.1
Rasgos generales del derecho de los residuos

El sector normativo de los residuos hunde sus raíces en la legislación sanitaria del siglo XIX, que había de completar su largo tránsito desde el liberalismo hasta el incipiente intervencionismo público del Estado social, sin más acompañamiento que el que encontró para su aplicación en las reformas del régimen local acaecidas en 1924 y 1955[2]. A partir de 1975, en cambio, confluyen una serie de factores internos y externos que, ya en el contexto del emergente derecho ambiental, provocan en él una transformación progresiva y aparentemente interminable. Ciertamente, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), actualizó las referencias preexistentes a los títulos de intervención municipal en la materia para adaptarlas al nuevo contexto constitucional. Pero desde 1986 esos movimientos siguen las pautas marcadas por la estrategia (comunitaria) europea en materia de residuos; unas pautas cada vez más ambiciosas que, tras sucesivas revisiones, se enfrentan a problemas prácticos de todo tipo (políticos, económicos, sociológicos, tecnológicos, etc.) y, por supuesto, también jurídicos.

En efecto, el derecho también tiene sus limitaciones y desde ese momento se ve obligado a afrontar dificultades conceptuales e institucionales que se condicionan recíprocamente y acaban convirtiéndose en retos estructurales. Para tratar de superarlos se edifica un sector normativo que acaba siendo verdaderamente complejo, ramificado y en constante revisión. En la actualidad, el "sistema" se vertebra en torno a una norma central [la Directiva 2008/98, de 19 de noviembre, sobre los residuos (DR), a escala europea, y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (LRSC),

2. Sobre aquellos antecedentes y su evolución hasta el final del milenio, R. J. Santamaría Arinas, *Administración local y gestión de residuos. Tendencias actuales de un servicio público reservado*, Cedecs, Barcelona, 2000.

a escala estatal][3] con la que se vinculan las correspondientes disposiciones específicas (para determinadas categorías de residuos; aspecto material) y complementarias (para determinadas operaciones de las que son susceptibles los residuos; aspecto funcional).

Por otra parte, hay que reconocer que la aplicación de este conjunto normativo viene suscitando una intensa conflictividad que parece agudizarse a medida que pasa el tiempo. Muestra de ello es la cantidad de sentencias dictadas en los últimos años al respecto tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como por los órganos judiciales internos y, en particular, por el Tribunal Constitucional (TC) y por el Tribunal Supremo (TS). Un repaso de estos pronunciamientos permite apreciar no solo sus voluminosas proporciones, sino también la amplia variedad de problemas jurídicos que se están viendo obligados a abordar. Baste, pues, resaltar en este momento la importancia que en esta materia adquiere la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, al precisar, mediante cuestiones prejudiciales, la interpretación que conviene a las abundantes normas comunitarias del sector, y al constatar, en la resolución de muy frecuentes recursos de incumplimiento, el deficiente grado de su aplicación por los Estados miembros[4].

De toda esta larga evolución se quiere destacar ahora que los residuos han dejado de percibirse como un problema de escala local, y de manifestaciones coyunturales, para convertirse en un desafío de escala global y de carácter estructural. Que el desafío es global lo prueban las menciones que dispensa a los residuos la Declaración de la Asamblea General de la ONU adoptada en Río de Janeiro el 27 de julio de 2012 (Río+20); un documento

3. Por todos, E. Blasco Hedo (coord.), *La nueva Ley de residuos y suelos contaminados,* CIEDA-CIEMAT, Madrid, 2013, y F. García-Moreno (dir.), *Comentarios sistemáticos a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 229-378.

4. De las catorce sentencias del TJUE referidas directamente al Reino de España, solo dos le han permitido establecer doctrina de alcance general (sobre la no consideración del estiércol como residuo y sobre la exclusión parcial de los cadáveres de animales; SSTJ de 8 de septiembre de 2005). El resto son condenas por incumplimiento de diferentes directivas (envases, STJ de 10 de diciembre de 1991; marco, STJ de 5 de junio de 1997; pilas, STJ de 28 de mayo de 1998; incineración, STJ de 11 de julio de 2002; PCB, STJ de 3 de octubre de 2002, y buques, STJ de 11 de diciembre de 2008), pero, sobre todo, de obligaciones derivadas de la Directiva de vertederos: SSTJ de 12 de junio de 2003, de 27 de mayo de 2004, de 28 de abril de 2005, de 24 de mayo de 2007 y de 25 de febrero de 2016. En la más reciente STJ de 15 de marzo de 2017 se aprecia incumplimiento por el Reino de España de la Directiva marco por la situación de decenas de vertederos.

de ámbito universal que solemnemente proclama lo siguiente: "[A]poyamos la gestión de los desechos mediante la aplicación del concepto de las 3 erres (reducción, reutilización y reciclado)"[5]. Que sea, además, estructural quiere decir que el origen del conjunto de los retos planteados por los residuos a partir del último tercio del siglo XX radica en el propio modelo de producción y consumo imperante en la denominada "sociedad del despilfarro". Así se reconoce cuando la Directiva 2008/98 asume el "objetivo" de "transformar la UE en una sociedad del reciclado que evita la generación de residuos y utiliza los residuos como un recurso". Sentaba así las bases de lo que documentos posteriores, como el (séptimo) Programa general de medio ambiente, aprobado en 2013, habían de denominar "economía circular", entendiendo por tal aquella en la cual "el valor de los productos, los materiales y los recursos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, y en la que se reduzca al mínimo la generación de residuos"[6]. Las concreciones ulteriores de la transición hacia el "cambio sistémico" que comporta la economía circular darían lugar a un "paquete revisado" de medidas presentado a finales de 2015, que incluye propuestas de modificación normativa que en estos momentos se encuentran en discusión[7].

1.2 Principales factores que impulsan su evolución

Durante todos esos años se han ido consolidando una serie de principios específicos que, junto con los comunes de toda la política ambiental, inspiran la estrategia (comunitaria) europea de lucha contra los residuos[8]. Son principios como los de vocación homogeneizadora, sostenibilidad, autosuficiencia y proximidad, contaminador-pagador o diversificación de instrumentos, pero entre los que destaca el principio de jerarquía de opciones, que da

5. Apartado V.a) 135. Pueden verse también, con consideraciones más extensas al respecto, los apartados 213-223 de esa misma Declaración. En línea con ello, el ODS 12 invita a los países a reducir sustancialmente la producción de residuos antes de 2030, mediante la prevención, reducción, reciclado y reutilización.

6. N. de Sadeleer, *Droit des déchets de l'UE: de l'élimination à l'économie circulaire*, Bruylant, Bruselas, 2016.

7. Analiza críticamente su contenido R. J. Santamaría Arinas, "Aproximación jurídica a las medidas de la Unión Europea para la economía circular", *Ambienta*, 117, 2016, pp. 36-45.

8. J. F. Alenza García, "Los principios de la política de residuos", *RADA*, 23, 2012, pp. 215-258.

preferencia a la prevención frente a la gestión y, dentro de esta última, a la valorización frente a la eliminación[9]. Naturalmente, la permanente actualización de las exigencias de estos principios ha afectado al contenido de la regulación, que desde hace años no se ciñe exclusivamente al ámbito de la gestión. De hecho, una atenta sistematización de los problemas abordados permite observar que en ese ámbito prestacional se distinguen finalmente tres planos diferenciados, que son el del estatuto jurídico del gestor (quién puede gestionar residuos), el del régimen jurídico de cada una de las posibles operaciones de gestión (qué puede o debe hacer con ellos) y el de los requisitos territoriales y ambientales de las instalaciones de gestión (dónde puede o debe operar). Pero, sobre todo, con el tiempo se han ido añadiendo previsiones en el frente de la prevención. El principio de prevención ambiental implica evitar al máximo la generación de residuos, y exige, en consecuencia, actuaciones encaminadas hacia la producción limpia, para lo cual no solo se contemplan técnicas voluntarias de mercado, sino también técnicas coactivas de intervención pública. A su vez, ha ido ganando protagonismo el papel de la planificación, que inicialmente se proyectaba solo sobre la gestión, pero que hoy también ha de integrar necesariamente programas de prevención[10].

Sin posibilidad de entrar aquí en mayores pormenores, sí conviene llamar la atención sobre el protagonismo que en este sector adquieren los problemas conceptuales. Con esto se hace referencia a las dificultades para acomodar en derecho una auténtica avalancha de tecnicismos que arranca con el propio concepto de residuo[11]. En realidad, en un contexto caracterizado por la vocación armonizadora, los problemas terminológicos afectan también, por supuesto, a la clasificación de los residuos y a la caracterización de cada una de las tipologías resultantes. Pero pueden llegar a ser interminables, como demuestra la proliferación de definiciones legales de nociones vinculadas con la "prevención" ("productor", "poseedor", etc.) y,

9. Desde 2008, el artículo 4.1 DR aporta mayor precisión, pues distingue cinco niveles que, por orden de prioridad, son los siguientes: 1.º prevención; 2.º preparación para la reutilización; 3.º reciclado; 4.º otro tipo de valorización; y 5.º eliminación.

10. La sistematización aquí evocada se desarrolla con amplitud en R. J. Santamaría Arinas, *Régimen jurídico de la producción y gestión de residuos*, Monografías de la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 11, 2007, y se actualiza por el mismo autor en I. Lasagabaster (dir.), *Derecho ambiental. Parte Especial II*, LETE, Bilbao, 2010, pp. 521-522.

11. Para una reflexión al respecto puede verse R. J. Santamaría Arinas, "La intervención administrativa en el uso industrial de subproductos y materias primas secundarias", *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, 22, 2011.

sobre todo, con la "gestión". Esta engloba, claro está, la "recogida", su variante de "recogida separada", el "traslado" y el "tratamiento", que, a su vez, incluye la "valorización" y la "eliminación". Por lo demás, son varias las modalidades de valorización (Anexo II LRSC) que han merecido una específica definición legal en la normativa básica estatal: "reutilización" (que no es gestión), "preparación para la reutilización", "reciclado" (que incluye la "transformación del material orgánico", pero no "la valorización energética ni la transformación en materiales que se vayan a usar como combustibles o para operaciones de relleno"), "regeneración" de aceites usados, etc. Con todo, su distinción, que es decisiva, frente a operaciones de "eliminación" (Anexo I LRSC) no es tan fácil como aparenta, pues requiere esfuerzos adicionales en casos como la "valorización energética"[12] o el "relleno"[13].

12. La eliminación se define ahora como "cualquier operación que no sea la valorización, incluso cuando la operación tenga como consecuencia secundaria el aprovechamiento de sustancias o energía". Así reza el artículo 3.19 DR, que, como venía siendo habitual, también remite al correspondiente Anexo I. Y así se recoge también en el artículo 3.v) LRSC, que, a su vez, remite a la "lista no exhaustiva de operaciones de eliminación" que figura en el Anexo I LRSC. En dichos anexos se ofrece una fórmula matemática para calcular la "eficiencia energética" de las instalaciones de incineración de residuos sólidos urbanos. Cuando los resultados de aplicar dicha fórmula superen determinados umbrales, se estará ante un supuesto de valorización. Cuando queden por debajo, será eliminación (Nota R1 del Anexo II DR, cuya redacción se transcribe literalmente en el Anexo II LRSC). Dicha "Nota" fue modificada por la Directiva 2015/1127 para añadir que "el valor de la fórmula de eficiencia energética se multiplicará por el factor de corrección climático (CCF)" conforme a los cálculos que allí se indican. Para la incorporación de esta adición en España se ha modificado la LRSC mediante Orden AAA/699/2016, de 9 de mayo, por la que se modifica la operación R1 del anexo II de la LRSC. El procedimiento administrativo a seguir para determinar la eficacia energética de estas instalaciones lo establece el artículo 40 del Real Decreto 815/2013.

13. Como puede comprobarse en la STJUE (Sala Cuarta) de 28 de julio de 2016 (asunto C-147/15) por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por Italia en relación con la Directiva 2006/21/CE, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE. "El relleno de huecos mineros con otros residuos diferentes de la actividad extractiva" –dice– "puede ser considerada como operación de valorización siempre y cuando sean adecuados tales residuos y se pretenda un fin útil además del ahorro de recursos". En España, puede verse la reciente Orden APM/1007/2017, de 10 de octubre, sobre normas generales de valorización de materiales naturales excavados para su utilización en operaciones de relleno y obras distintas a aquellas en las que se generaron.

1.3
Marco competencial

Con esta técnica de las definiciones se ha impuesto una jerga que abusa de especificaciones materiales y funcionales, pero la precisión semántica dista mucho de haberse alcanzado en conceptos clave[14]. De hecho, la proliferación de tecnicismos aboca a una ramificación laberíntica que en no pocas ocasiones amenaza con romper la unidad del régimen jurídico, tan laboriosamente buscada durante años. Además, la ortodoxia terminológica pretendida acaba, paradójicamente, complicando la asignación de tareas entre los diferentes niveles institucionales implicados en la renovación, en la incorporación y en la ejecución de los cambios normativos señalados. Por esto se dice que los endiablados problemas conceptuales del sector y los problemas competenciales se condicionan recíprocamente.

En cuanto a estos últimos, y en el marco general de la política ambiental [artículo 4.2.e) TFUE], se parte aquí de tres bases jurídicas distintas (artículos 192.1, 192.2 y 114 TFUE) que, por una parte, condicionan el grado de intervención del Consejo y del Parlamento en la elaboración de normas, y que, por otra, vinculan de diferente modo a los Estados miembros (las dos primeras permiten medidas nacionales de mayor protección, mientras que la tercera restringe esta posibilidad frente a disposiciones europeas de armonización). Ya a escala interna, al Estado le corresponde sin duda dictar la legislación básica en materia de protección del ambiente (artículo 149.1.23 CE), pero también viene invocando otros títulos competenciales más o menos concurrentes. Así, no solo ejerce potestades reguladoras, sino también poderes de coordinación[15] e, incluso, ciertas competencias ejecutivas como las relativas al control de traslados transfronterizos de residuos.

En general, sin embargo, el grueso de las competencias al respecto, incluyendo el desarrollo normativo de las bases estatales, corresponde a las

14. Es muy significativo al respecto que la DR tuviera como primer objetivo, a esas alturas, "aclarar conceptos clave". Pero más aún lo es que todavía hoy, en el marco del despliegue del Plan de Acción de la UE para la economía circular, uno de los diez "principales elementos" de las propuestas de revisión legislativa actualmente en tramitación y que afectarán a seis directivas del sector, incluyendo la Directiva marco, sea el de "alineación de las definiciones".

15. Reforzados desde la creación por el artículo 13 LRSC de la Comisión de Coordinación en Materia de Residuos. Con anterioridad, Á. Menéndez Rexach y J. Ortega Bernardo (dirs.), *Competencias y coordinación en la gestión de residuos por las distintas Administraciones públicas*, CES, Madrid, 2010.

comunidades autónomas[16]. Así, conforme al artículo 12.4 LRSC son también competentes para planificar, autorizar, inspeccionar y sancionar el resto de las actividades de producción y gestión de residuos. Conviene precisar desde este mismo momento que esta amplia atribución de potestades ejecutivas –de la que solo se excluyen aquellos traslados de residuos desde o hacia países no comunitarios– tiene una importante limitación jurídica que habitualmente pasa desapercibida. En efecto, lo que a las comunidades autónomas se reconoce por esta vía son potestades administrativas de policía y también, si se quiere, de fomento. No reciben competencias prestacionales porque la titularidad de servicios públicos se rige por otras reglas, como sigue confirmando el artículo 12.6 LRSC (sobre el que se volverá más adelante).

Precisamente, del equívoco que se acaba de señalar surge uno de los mayores focos de confusión, al considerar las competencias de la Administración local sobre residuos. En efecto, haciéndose eco del tradicional protagonismo local en la materia y en virtud del principio de autonomía local (artículo 137 CE), la LBRL de 1985 contenía tres preceptos que mencionan expresamente a los residuos, y que constituyen otros tantos títulos diferentes de intervención de los entes locales en la materia.

El primero de ellos exigía que la legislación sectorial reconozca a los municipios competencias en materia de "recogida y tratamiento de residuos" [artículo 25.2.l) LBRL]. El segundo, por su parte, al establecer la lista de servicios públicos obligatorios en todos los municipios, incluía el de "recogida de residuos" [artículo 26.1.a) LBRL], mientras que, en los de población superior a 5000 habitantes, añadía el de "tratamiento de residuos" [artículo 26.1.b) LBRL]. El tercero, en fin, establecía la lista de servicios públicos locales de carácter esencial a efectos de su posible prestación en régimen de monopolio, figurando entre ellos el de "recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos" (artículo 86.3 LBRL). Para abordar el asunto con la debida perspectiva habría que tener en cuenta la evolución histórica que jalonan cuatro principales normas estatales: la LBRL de 1985, la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos (LR), la LRSC de 2011 y, por último,

16. Sobre la falta de ajuste de una norma autonómica con la LRSC se ha pronunciado por primera vez la STC 192/2014, de 20 de noviembre (Ley vasca de suelos contaminados). Pero el Tribunal Supremo ya había anulado reglamentos autonómicos por su oposición a previsiones estatales básicas (SSTS de 18 de octubre de 2011, 30 de octubre de 2012, etc.), cosa que ha vuelto a hacer recientemente con el Reglamento andaluz (en la importante STS de 15 de diciembre de 2016).

la LBRL en la redacción resultante de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL).

2
Sobre el alcance de los títulos de intervención local en materia de residuos

2.1
La visión lineal de la LBRL de 1985

Por sorprendente que pueda parecer, estos sucesivos intentos de progresiva mejora no acaban de despejar todas las incógnitas que suscita la conexión entre la LBRL y la legislación sectorial aplicable en cada una de esas etapas históricas, y que, incluso en la etapa actual, siguen siendo muchas y muy complejas. Pero, enmarcados estos preceptos de la LBRL en el contexto dinámico que se acaba de describir, al objeto de este trabajo bastará empezar reparando en que su redacción inicial es deudora, comprensiblemente, de la perspectiva predominante a mediados de los ochenta del siglo pasado; perspectiva que aquí se va a denominar lineal por oposición a la emergente de la economía circular.

En efecto, hace treinta años la atención del legislador estaba centrada exclusivamente en el ámbito de la gestión y, más precisamente, en la eliminación de los por aquel entonces denominados "residuos sólidos urbanos"[17]. De hecho, hasta 1986 no aparece la primera regulación específica de los denominados residuos tóxicos y peligrosos que, por lo demás, marginaría por completo a los entes locales[18]. En cualquier caso, la lenta aplicación de las previsiones legales se encauzaría hacia el protagonismo casi absoluto de la "solución final centralizada" mediante macrovertederos y, en mucha me-

17. Noción esta procedente de la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos (LRSU) –sobre la que versó la tesis doctoral de J. F. Alenza García, *El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el derecho español*, MAP, Madrid, 1997–, pero que luego fue sustituida por la de "residuos urbanos o municipales" en la LR y, más tarde, por la de "residuos domésticos" en la LRSC, alterando en ambos casos el alcance material del concepto inicial, que ha resultado progresivamente recortado.

18. Y ello a pesar de que el artículo 42.3.a) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, había atribuido ese mismo año a los ayuntamientos el control sanitario del medio ambiente tanto respecto de residuos urbanos como industriales. En ese campo, R. J. Santamaría Arinas, *Administración pública y prevención ambiental. El régimen jurídico de la producción de residuos tóxicos y peligrosos*, IVAP, Oñate, 1996.

nor medida, incineradoras. Desde la óptica prestacional, se pensaba fundamentalmente en fórmulas de gestión pública directa. Y, para aprovechar economías de escala, se generalizó la creación de mancomunidades y consorcios[19].

Este parece ser el origen del extendido mantra sobre la incapacidad de la mayor parte de los municipios españoles para asumir la titularidad de las muy costosas instalaciones de eliminación de residuos y para prestar tal servicio mediante fórmulas de gestión pública directa. Incapacidad que, por cierto, nunca se predicó de los servicios de recogida, dando por supuesto, tal vez, que sin necesidad de instalaciones *ad hoc*, cualquiera puede echar bolsas a un camión; actividad, por cierto, que los ayuntamientos generalmente prestaban mediante fórmulas de gestión pública indirecta[20]. Por lo que luego se verá, conviene subrayar esta premisa implícita en los preceptos que la LBRL dedicaba a los residuos: desde su redacción originaria presuponen que el hecho de recoger, en masa, no entraña mayor dificultad logística ni, por tanto, jurídica.

2.2 Desconcierto y crítica de la LRSAL

La convivencia de aquellos preceptos de la LBRL con la legislación sectorial posterior nunca ha sido pacífica. Tanto en 1998 como en 2011 hubo que hacer verdaderos esfuerzos para alcanzar interpretaciones más o menos armónicas que, con todo, no acababan de superar una situación de cierta inercia. Pero, ya en 2013, el planteamiento con que el legislador básico de régimen local afrontó en la LRSAL las cuestiones relativas a residuos resultó desconcertante. No cabe reproducir aquí la crítica, cargada de matices, que sobre aquella reforma se hizo en su momento[21]. Bastará, pues, retener sus coordenadas principales.

19. Muy ilustrativo sobre el panorama de la época, que, en líneas generales, tampoco ha variado sustancialmente en los años posteriores, es el libro de R. J. Santamaría Arinas, *El régimen jurídico de los vertederos de residuos. Estudio jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1998.

20. C. Jiménez Plaza, *La gestión de residuos en los municipios*, Iustel, Madrid, 2006, y "Las competencias locales en materia de gestión de residuos", en S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo III, 3.ª ed., Iustel, Madrid, 2011, pp. 2633-2699.

21. R. J. Santamaría Arinas, "¿Hacia la economía circular europea sin los municipios? Una crítica sectorial de la LRSAL", *RVAP*, 99-100, 2014, pp. 2671-2701.

Así, en un plano general, se supone que las novedades introducidas estarían al servicio de los objetivos economicistas de la reforma (la "sostenibilidad financiera"), conforme al principio de "estabilidad presupuestaria" en su triple dimensión de reducción del déficit, de la deuda y de la morosidad de todas las Administraciones públicas. Novedades que, por otra parte, parecían asentarse sobre una discutible comprensión de nociones técnicas fundamentales como las de "materia", "competencia", "servicio" y "potestad". Pero desde la óptica sectorial, y dado que contaban con un específico régimen económico-financiero[22], no era en absoluto evidente que los residuos fueran culpables de la insostenibilidad financiera de los municipios, ni tampoco de las denostadas "duplicidades". Sorprendió también la aversión respecto de fórmulas asociativas como las mancomunidades y los consorcios, que en este sector agrupan desde hace décadas a la práctica totalidad de los municipios españoles y, en general, con probada eficacia.

Así, se echó en falta la más mínima explicación de los motivos, si es que los había, que aconsejaban cambiar la regulación de los residuos hasta entonces en vigor. Pese a que el Preámbulo de la LRSAL guarda un clamoroso silencio al respecto, la reforma incorpora retoques en los títulos de intervención, sin que se sepa a ciencia cierta si realmente estaba en la *voluntas legislatoris* la alteración de su régimen jurídico. Sea como fuere, incorporadas consciente o inconscientemente, las modificaciones mantenían el planteamiento propio de la perspectiva lineal y seguían ancladas en un conceptualismo que acababa demostrando todo su potencial perturbador. Tan

22. Pueden verse en el artículo 11 del Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, los criterios que desde primeros de este siglo debían haber inspirado la formación de precios y tarifas de vertido. En relación con ello, su disposición adicional segunda daba un plazo de un año para que el Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, propusiera "un modelo para la cuantificación de la cantidad a exigir por la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero controlado". Y añade: "la anterior cantidad, de acuerdo con el artículo 11, deberá incorporar la totalidad de los costes de dicha actividad de gestión, tendrá un carácter progresivo en función de la cantidad de residuos depositada en vertedero por cada generador y desincentivará la eliminación del residuo frente a otras alternativas prioritarias de reutilización, reciclaje o valorización". Sobre estas cuestiones, entre otros muchos, J. Conde Antequera, "Un ejemplo práctico de relación entre sostenibilidad y justicia tributaria: la configuración de la tasa de basura desde postulados ambientales", *RDUMA*, 276, 2012, pp. 69-92, e I. Jiménez Compaired, "El papel de las corporaciones locales en el régimen económico-financiero de la gestión de los residuos sólidos", *Tributos Locales*, 74, 2007, pp. 59-74.

es así que llegó a pensarse que determinadas previsiones de la LRSC de 2011 podrían haber quedado tácitamente derogadas por la LRSAL de 2013.

2.3 La clarificación del panorama por el Tribunal Constitucional

Afortunadamente, y aun sin entrar en las especificidades propias del sector, los aspectos más problemáticos de la reforma operada por la LRSAL han quedado desactivados por el Tribunal Constitucional, especialmente en las SSTC 41/2016, de 3 de marzo[23], 111/2016, de 9 de junio[24], y 44/2017, de 27 de abril[25]. Por lo que ahora más importa:

- En la primera de esas tres sentencias se recuerda que el artículo 25.2 LBRL "no atribuye competencias", sino que "introduce condiciones a la legislación que las confiera". De manera que "sigue funcionando, por tanto, como una garantía legal (básica) de autonomía municipal a través de la cual el legislador básico identifica materias de interés local para que dentro de ellas las leyes atribuyan en todo caso competencias propias en función de ese interés local". En definitiva, "debe, pues, excluirse la interpretación de que los municipios solo pueden obtener competencias propias en las materias enumeradas en el art. 25.2 LBRL"[26].
- En la tercera sentencia citada, este planteamiento se extiende también al precepto que establece los servicios municipales obligato-

23. Estima en parte el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asamblea de Extremadura contra diversos preceptos de la LBRL en la redacción dada por la LRSAL, y sienta la doctrina general que el Tribunal aplicará en sus numerosos pronunciamientos posteriores sobre la reforma de 2013.

24. Estima en parte el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía contra, entre otros, el artículo 26.2 LBRL en la redacción dada por la LRSAL. En concreto, anula los incisos de este precepto que aludían al Ministerio de Hacienda e impone interpretación conforme de los artículos 36.1 g) y 36.2 a) LBRL.

25. Estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados de diversos grupos parlamentarios del Congreso contra numerosos preceptos de la LBRL en la redacción dada por la LRSAL, aunque solo para reiterar la interpretación conforme del artículo 36.2.a) LBRL. Esta última previsión se repite luego también en el fallo de las SSTC 180/2016, de 20 de octubre (en recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra); 45/2017, de 27 de abril (Parlamento de Andalucía), 54/2017, de 11 de mayo (Parlamento de Cataluña), 93/2017, de 6 de julio (Gobierno de la Generalitat de Cataluña), y 101/2017, de 20 de julio (Gobierno de Canarias).

26. SSTC 41/2016, FFJJ 10.b) y c) y 12.

rios, puesto que –dice– "la ausencia de precisión en la enunciación de materias y servicios (artículos 25 y 26 LBRL) debe interpretarse como un reconocimiento de márgenes de configuración", por lo que "habrán de ser las comunidades autónomas quienes definan precisamente aquellas materias y servicios[27]".

– Entre ambas, al analizar este artículo 26 en relación con el 36.1.c) LBRL, en la segunda ya se había dicho que la "asunción" por las diputaciones de algunos de aquellos servicios "no impide que los municipios que no alcancen esas barreras poblacionales desarrollen también esos servicios", si así lo establece la legislación sectorial[28]. Y analizando, en fin, la relación entre este precepto y el artículo 36.1.a) LBRL, se constató que su "coordinación" por las diputaciones, en función del célebre "coste efectivo"[29], no es tal, dada la posibilidad que tiene el municipio de oponerse[30].

Por tanto, y sin necesidad de entrar aquí en mayores pormenores, de la doctrina establecida en estos pronunciamientos se deduce que la reforma no impide que el legislador sectorial [que en esta materia tanto puede ser estatal como autonómico (artículos 148.1.9 y 149.1.23 CE)] amplíe las competencias y servicios propios de los municipios, respetando, eso sí, las exigencias de sostenibilidad financiera. Por otra parte, tras el escrutinio constitucional, se mantienen las nuevas posibilidades de "coordinación" y "asunción" de ciertos servicios municipales por las diputaciones provinciales, pero, prácticamente, ambas posibilidades han quedado privadas de su sentido inicial[31].

27. STC 45/2017, FJ 4.

28. STC 111/2016, FJ 10.

29. Con anterioridad, ya se había denunciado que tal parámetro "queda reducido a una mera estimación" incluso tras la Orden HAP/2075/2014 y la Resolución de 23 de junio de 2015. Además, "se obvian, a nuestro juicio, otras variables absolutamente imprescindibles para cuantificar el coste efectivo (íntegro) del servicio" en términos de calidad; todo ello según A. Fortes Martín, "El nivel óptimo de prestación del servicio municipal de recogida de residuos domésticos: límites y afecciones provocados por la LRSAL", en T. Font i Llovet y J. J. Díez Sánchez (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Iustel, Madrid, 2017, pp. 327-340.

30. STC 111/2016, FJ 12.

31. Incorporando ya esta doctrina, M. Iglesias Ludía, "Les competències locals en matèria de residus", en L. Casado y J. R. Fuentes (coords.), *Dret ambiental local de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 683. Valorándola desde una perspectiva más amplia, A. Boix Palop, "El régimen local tras el fracaso de la reforma de 2013", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 68, 2017.

Desde una óptica sectorial, esta jurisprudencia es muy importante porque despeja las dudas que con anterioridad a ella se planteaban sobre la compatibilidad de la LRSAL no ya con la legislación autonómica preexistente, sino incluso con la legislación sectorial básica estatal (LRSC y las numerosas disposiciones específicas y complementarias con ella vinculadas).

2.4 El alcance de la materia

Siendo esto así, el sentido institucional del artículo 25 LBRL se mantiene en sus términos conocidos: delimita las "materias" en que el legislador sectorial está obligado a reconocer a los municipios "competencias" so pena de vulnerar la autonomía que estos tienen constitucionalmente reconocida. En el sector que ahora importa, ciertamente, tras la reforma de 2013 el legislador sectorial (estatal y autonómico) solo está obligado a reconocer a los municipios competencias en el reducido ámbito funcional de la "gestión" de los denominados "residuos sólidos urbanos" (concepto material este, por cierto, sin correspondencia ya con las numerosas definiciones que ofrece la vigente regulación sectorial tanto europea como estatal)[32]. Por consiguiente, el legislador sectorial no está obligado a atribuir a los municipios competencias en el más amplio ámbito funcional de la "producción" de ningún tipo de residuo.

En la lógica del propio precepto esta solución resulta chocante si se contrasta con otras materias listadas en él como, por ejemplo, la "prevención y extinción de incendios" [artículo 25.2.f) LBRL]. ¿Alguien comprendería que se deban reconocer a los municipios competencias en materia de "extinción", pero no de "prevención" de incendios? En todo caso, no parece este un planteamiento acorde con los tiempos. La producción de los residuos y su gestión no pueden seguir contemplándose ya como compartimentos

32. Procedente, como se ha dicho, de la LRSU de 1975, esta expresión fue sustituida por la de "residuos urbanos o municipales" en la LR de 1998, y esta, a su vez, aunque con un significado matizadamente distinto, por la de "residuos domésticos" [artículo 3.b) LRSC]. La nueva definición delimita su núcleo por referencia a los "hogares", pero engloba también los residuos "similares" generados "en servicios e industrias" e incluso los "procedentes de limpieza de vías públicas", los "animales domésticos muertos y los vehículos abandonados". Y se solapa con las de "residuos comerciales" [artículo 3.c) LRSC] y "residuos industriales" [artículo 3.d) LRSC], por lo que también fue criticada por Alenza García, "Características, novedades y carencias en el Proyecto de (nueva) Ley de residuos y suelos contaminados", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 4, 2011.

estancos, puesto que en la lógica circular entre ambas existen interdependencias evidentes. Esto es así, desde luego, en virtud de las exigencias del principio de jerarquía de opciones (que da prioridad a la prevención frente a cualquier operación de gestión). Pero también, y esto a veces pasa desapercibido, en virtud de la responsabilidad que entraña el principio de autosuficiencia en la gestión (que, llevado a su último extremo, implicaría que cada productor ha de ser capaz de dar una gestión adecuada a todos los residuos que genere)[33]. Desde estos postulados, parece que ninguna Administración tendría que poder desentenderse de la gestión de los residuos que consienta generar en su ámbito territorial. En definitiva, el mismo interés local que justifica la garantía institucional del artículo 25 LBRL en materia de gestión de residuos debería justificar idéntica garantía en lo que atañe a su producción.

2.5
La determinación sectorial de las competencias

Ha de reconocerse que el mandato del artículo 25.2 LBRL no se venía atendiendo debidamente por el legislador sectorial. Aun así, y simplificando al máximo, el deslavazado artículo 12.5 LRSC pone de manifiesto dos tendencias muy características: por una parte, se achica el ámbito material de las competencias, al delimitar los tipos de residuos sobre las que recaen. Pero, por otra, se rebasa con creces su ámbito funcional, al reconocer no solo competencias de gestión, sino también de prevención. A su vez, las competencias de gestión no se ciñen a la estricta actividad prestacional de los municipios –que tampoco se reduce a los servicios públicos obligatorios que se verán luego–. En realidad, incluyen funciones de control de otros residuos, aunque queden fuera de los servicios de su titularidad.

Buena prueba de esto último es el régimen de los denominados "residuos comerciales no peligrosos", que resulta del juego conjunto de los artículos 12.5.c).2.º y 17.3 LRSC[34]. En su virtud, y por regla general, el

33. Sobre la autonomía de este principio frente al de proximidad, a la luz de la jurisprudencia (comunitaria) europea, R. J. Santamaría Arinas, "Monopolio, autosuficiencia y proximidad en servicios públicos autonómicos de gestión de residuos", *REDA*, 159, 2013, pp. 245-268.

34. Se sigue aquí la explicación que ofrece O. Serrano Paredes, "El servicio público local de gestión de residuos comerciales no peligrosos y de residuos domésticos generados en las industrias: comentario al 12.5.c) de la Ley 22/2011", *Revista Aranzadi de Derecho*

productor de estos residuos podrá gestionarlos por sí mismo, en cuyo caso "deberá acreditar documentalmente la correcta gestión de sus residuos ante la entidad local". Se están así atribuyendo a los municipios potestades de policía que muy probablemente, y aunque no se diga de forma expresa, frente al régimen anterior que exigía autorización administrativa, se canalizarán previa recepción de las correspondientes declaraciones responsables. E incluso sin ellas, "en caso de incumplimiento", se habilita al municipio para actuar mediante ejecución subsidiaria y para exigir "las responsabilidades en que el obligado hubiera podido incurrir"[35].

La otra variante que, como excepción a la regla general, resulta del controvertido artículo 12.5.c).2.º LRSC permite a las entidades locales, "sin perjuicio" de lo anterior, "gestionar los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias en los términos que establezcan sus respectivas ordenanzas". Se trata, pues, frente a los servicios públicos obligatorios que se verán luego, de un servicio potestativo para el municipio. Pero además, y frente a la gestión privada de estos residuos, se trata de un servicio que igualmente puede llegar a prestarse en régimen de monopolio, bien que con un requisito adicional que se identificará más adelante (*infra* 2.6).

Por lo demás, y como ya se ha adelantado, la LRSC reconoce a los entes locales competencias de prevención, aunque solo sea en el ámbito material de los denominados "residuos domésticos". Muy reveladora a este respecto es la referencia a los programas de prevención, que, como también se verá luego (*infra* 2.7), presuponen potestades de planificación para adoptar medidas que no tienen por qué limitarse a los generados por dichos entes en su condición de productores de residuos. De hecho, el Programa Estatal de Prevención de Residuos 2014-2020[36] incluye a las entidades lo-

Ambiental, 31, 2015, pp. 311-331. Desde el punto de vista material, esta misma autora no deja de poner de relieve el riesgo de confusión entre los residuos comerciales propiamente dichos y los residuos domésticos procedentes de los comercios. Para superarlo, sugiere que la clave está en "la referencia a la actividad propia" en que los primeros se generan; referencia que, en su opinión, hay que interpretar "en ambos sentidos: cuantitativo y cualitativo. Esto es, no se trata solo de que el residuo sea distinto sino que, a partir de determinadas cantidades, un mismo residuo puede pasar de ser considerado doméstico a comercial".

35. A efectos de exigencia de responsabilidades administrativas, téngase en cuenta que, tras su reforma de 2012, el artículo 49.3 LRSC precisa que la potestad sancionadora local "en el supuesto de abandono, vertido o eliminación incontrolados" versa exclusivamente sobre "residuos cuya recogida y gestión corresponda a las entidades locales".

36. Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de diciembre de 2013 y publicado parcialmente en el BOE de 23 de enero de 2014.

cales entre los "agentes" encargados de realizar gran parte de las "medidas" en él propuestas[37]. En verdad, es mucho lo que los municipios pueden hacer para evitar la producción innecesaria de residuos a través de otras técnicas como las que brindan la contratación pública "verde", la planificación y la disciplina urbanística (repárese, sin ir más lejos, en las vinculaciones con la licencia de obras ya establecidas en la normativa de residuos de la construcción y demolición)[38] o el control de las actividades clasificadas[39]. Aunque la reforma de 2013 no fuera consciente de ello, estas últimas son competencias que encajan en otras materias listadas como, por ejemplo, "urbanismo" [artículo 25.2.a) LBRL] y, tal vez, el resto del "medio ambiente urbano" [artículo 25.2.b) LBRL]. Pero es muy preocupante que esta conexión haya pasado desapercibida para el legislador de régimen local; de hecho, inexplicablemente la producción de residuos no figura entre los riesgos que justifican el sometimiento de actividades a autorización (artículo 84 bis.2 LBRL); un "olvido" que debería corregirse.

En definitiva, si se quisiera revisar de nuevo la LBRL, convendría delimitar esta "materia" en términos amplios ("producción y gestión de residuos" o, simplemente, "residuos"), dejando, por supuesto, las concreciones al legislador sectorial (estatal o, preferiblemente, autonómico). Y si se quisiera acotar materialmente tal atribución convendría superar el conceptualismo que busca los límites, sin éxito, en criterios como el origen (doméstico, comercial, industrial, etc.) o, incluso, las características de los

37. Como la adopción de "programas locales específicos para reducir el desperdicio alimentario", "inclusión de la tasa de generación de residuos" de construcción y demolición "en los proyectos y obras promovidos por las entidades locales", "inclusión de condicionantes en las compras públicas que impulsen la reducción de envases y el uso de envases reutilizables", "consumo y utilización de pilas recargables, reutilización de piezas o componentes en vehículos, utilización de neumáticos de segunda mano o recauchutado", o "establecimiento de redes de recogida y tiendas de segunda mano de AEEEs usados", así como de muebles y ropa, "con vistas a su reutilización".

38. Sobre este particular, J. M. Alcázar Avellaneda, "Menciones a la licencia urbanística en el Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de residuos de la construcción y demolición", *Práctica urbanística*, 91, 2010, pp. 57-60, y también F. J. Arenas Cabello, "Valorización de los residuos de construcción y demolición", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 2010, pp. 331-342.

39. Con apoyo sectorial en la "medida" 7 del Anexo IV LRSC, que, tras abogar por la "formación" de las autoridades competentes en lo que se refiere a "la inserción de requisitos de prevención de residuos" en las autorizaciones ambientales integradas, propugna también "la inclusión de medidas para evitar la producción de residuos en las instalaciones a las que *no* se aplica" la Ley de prevención y control integrado de la contaminación (énfasis añadido).

residuos (peligrosos, no peligrosos, inertes). La alternativa podría ser un criterio no conceptualista con el que el legislador sectorial concrete las competencias de los municipios, sin desconocer que han de poder abarcar la prevención y la gestión de todos los residuos que, de un modo u otro, cada ayuntamiento permita producir en su respectivo término municipal.

2.6 Los servicios públicos esenciales

Entrando ya en el campo de la titularidad de competencias para la organización y prestación de servicios de gestión de residuos, lo primero que llama la atención es que se mantiene el carácter "esencial" de los servicios de "recogida, aprovechamiento y tratamiento de residuos" (artículo 86.2 LBRL). La redacción ni siquiera se ha retocado, y es de reprochar, para actualizar la terminología relativa al plano funcional (el "aprovechamiento" se denomina hoy en la LRSC "valorización", y esta, a su vez, carece de autonomía conceptual frente al "tratamiento", que la engloba en su contenido semántico junto con la "eliminación"). Sea como fuere, la esencialidad de estos servicios significa que se pueden llegar a seguir prestando en régimen de monopolio (no necesariamente municipal, sino local). Sin entrar a valorar la oportunidad del mantenimiento de esta reserva, hay que reconocer que los requisitos para su activación de cara al futuro se han endurecido, con la exigencia de "informe de la autoridad de competencia correspondiente" en el procedimiento de monopolización [artículo 97.2 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 (TRRL), en la nueva redacción dada por la disposición final primera LRSAL][40]. En todo caso, esta situación suscita otras dos consideraciones añadidas:

De un lado, parece que este régimen común encuentra una especialidad en el caso de los servicios municipales de gestión de los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias, del ya parcialmente comentado artículo 12.5.c).2.º LRSC. En efecto, cabe entender que para la efectiva asunción de la titularidad de ese servicio –que es, según se dijo *supra* 2.5, potestativo– podría bastar con la aprobación de

40. Téngase en cuenta que la STC 111/2016, de 9 de junio, ha declarado nulo el inciso del artículo 97 TRRL según el cual la aprobación final del expediente debía adoptarse, precisamente, por "el Consejo de Gobierno" de la Comunidad Autónoma; un inciso que, por cierto, figuraba desde su redacción originaria de 1986.

la ordenanza correspondiente. Pero, y puesto que "cuando la entidad local establezca su propio sistema de gestión podrá imponer, de manera motivada y basándose en criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos, la *incorporación obligatoria de los productores* de residuos a dicho sistema en determinados supuestos" (énfasis añadido), si se pretende esto último habrá que tramitar el oportuno expediente de monopolización[41]. Si esto es así, el concepto jurídico indeterminado de "mayor eficiencia y eficacia en la gestión" constituye un requisito añadido a los de la monopolización de los servicios de gestión del resto de residuos. Sin embargo, la jurisprudencia recaída hasta el momento no parece reparar en ello. En realidad, se conforma con verificar si en el objeto del proceso, sea cual fuere, existe o no la debida justificación, "desde el punto de vista económico y ambiental", de esa "mayor eficiencia y eficacia" que "ampara esta adscripción forzosa"[42].

De otro lado, cabe entender que la LRSAL ha supuesto una oportunidad perdida para haber facilitado el acoplamiento del vigente artículo 86.2 LBRL con el artículo 16 LRSC, que posibilita la declaración de la titularidad de estos servicios a favor de cualquier Administración pública. Y, tal vez, con los más recientes desarrollos sectoriales del principio de responsabilidad ampliada del productor donde ciertos sistemas integrados de gestión (SIG), ahora ya denominados sistemas colectivos, operan de facto en relación con determinadas fracciones como auténticos oligopolios privados[43]. No se pre-

41. O. Serrano Paredes, *op. cit.*

42. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de marzo de 2014, que estima el recurso interpuesto por Eroski contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Hernani (recogida selectiva de papel-cartón de grandes centros comerciales). Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de julio de 2015 y de 10 y 11 de marzo de 2016. Las dos últimas en recursos interpuestos, respectivamente, por la Federación Española de la Recuperación y el Reciclaje (FER) y la Asociación de Gestores de Residuos del Sur contra la Ordenanza municipal de limpieza pública y gestión de residuos municipales del Ayuntamiento de Sevilla. Y la primera, contra los pliegos de condiciones técnicas y administrativas para la contratación del servicio de recogida selectiva de aceites vegetales usados de ese mismo Ayuntamiento. Véase L. Casado y J. R. Fuentes, "Administración local: competencias sobre ecoeficiencia energética", en F. López Ramón (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2016*, CIEDA, 2016, pp. 847-850, donde reseñan también las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 1 de junio de 2015 y de 7 de julio de 2015 que anulan por este mismo motivo la Ordenanza de Calviá.

43. Cuestión esta sobre la que se ha de volver más adelante. Por todos, R. Serrano Lozano, "Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad ampliada del productor del producto: especial referencia a la gestión de los residuos", en F. García Moreno (dir.),

tende insinuar que esta sea una tarea fácil. Pero sí llamar la atención sobre la necesidad de pensar en ello habida cuenta de que, por lo visto, la legislación interna no ha plasmado con la debida fidelidad a los textos (comunitarios) europeos las exigencias de esa responsabilidad ampliada del productor[44]. Y de hacerlo teniendo en cuenta, además, que la "introducción de unas condiciones mínimas de funcionamiento de la responsabilidad ampliada del productor" es otro de los "principales elementos" de las propuestas de revisión legislativa derivadas del Plan de Acción de la Unión Europea para la economía circular.

2.7 Los servicios públicos obligatorios

En cuanto a la identificación de los servicios municipales obligatorios (artículo 26 LBRL), se hará aquí abstracción de las descafeinadas posibilidades de intervención provincial (mediante una "coordinación", vinculada al "coste efectivo", que en última instancia no es tal, y mediante una "asunción" que se configura como sustituta de la antigua dispensa, dado su carácter necesariamente subsidiario)[45]. El caso es que la LRSAL mantiene la escala, en función de la población, en los términos ya conocidos, de manera que en todos los municipios es obligatoria la prestación del servicio de "recogida de residuos", mientras que solo en los de más de 5000 habitantes es además obligatoria la prestación del servicio de "tratamiento de residuos". Pero estas previsiones contrastan manifiestamente con lo dispuesto para entonces en la LRSC, que, desde el año 2011, venía imponiendo en todos los municipios la obligatoria prestación de los servicios de "recogida" (ne-

Comentarios sistemáticos a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 379-439.

44. De hecho, el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión SWD (2017) 42 final, de 3 de febrero de 2017, "Informe de España", que acompaña a la Comunicación "Revisión de la aplicación de la normativa medioambiental de la UE: problemas comunes y cómo combinar esfuerzos para obtener mejores resultados", pp. 8-10, recomienda a las autoridades españolas, entre otras cosas que se verán luego, "ampliar y mejorar la rentabilidad, el control y la transparencia de los regímenes de RAP y eliminar el parasitismo" (sic).

45. Resultado que antes de las SSTC reseñadas *supra* ya había anticipado, por cierto, C. Barrero Rodríguez, "La prestación de los servicios municipales mínimos en el nuevo art. 26 de la LBRL. La difícil interpretación de un precepto fundamental", *REDA*, 170, 2015.

cesariamente separada, además, cuando menos para ciertas fracciones), "el transporte y el tratamiento", bien que de "residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios". En virtud de la doctrina constitucional arriba expuesta, hoy cabe sostener que esta regla especial prevalece frente a la general de la LBRL, puesto que la reforma no impide que el legislador sectorial amplíe la obligatoriedad de todas o algunas de esas operaciones sobre cualesquiera tipos de residuos. Tampoco impide, según se vio *supra* 2.5, al comentar el artículo 15.5.c).2.º LRSC, la posibilidad de su asignación con carácter no obligatorio sino potestativo.

Por lo demás, pudo echarse en falta la renuncia a imponer a todos los municipios obligaciones más acordes con los tiempos, como, por ejemplo, la recogida separada de biorresiduos o la valorización de todo residuo recogido selectivamente. En todo caso, la mejor sede para identificar el contenido prestacional de unos u otros servicios no es la LBRL, ni siquiera la legislación sectorial (sea estatal o autonómica), sino los instrumentos de planificación del sector y, muy particularmente, los indispensables planes autonómicos de gestión[46]. Planes estos que, entre otras cosas, "fomentarán métodos de recogida eficientes de acuerdo con las características y posibilidades de cada territorio o población, para facilitar el cumplimiento de los objetivos de preparación para la reutilización, reciclado y valorización" que se verán luego (artículo 21.6 LRSC; renumerado ahora como 21.5 LRSC). Por cierto, el artículo 24.a) LRSC remite a los planes y programas la concreción de las "medidas" para "impulsar" la recogida separada de biorresiduos.

Siendo esto así, cabe sugerir que, pensando en los derechos y en los deberes de los vecinos, el artículo 26.1 LBRL debería acoger una fórmula que imponga en todos los municipios, como servicio obligatorio, la "gestión de residuos en los términos de la planificación del sector".

46. Sobre la importancia y algunos de los problemas de estos instrumentos, J. Ortega Bernardo, "Los planes de residuos autonómicos ante los nuevos requerimientos del derecho comunitario", *REDA*, 145, 2010, pp. 133-159; Á. Ruiz de Apodaca Espinosa, "La planificación en materia de residuos y su sometimiento al nuevo procedimiento de evaluación ambiental estratégica", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 31, 2015, pp. 221-264, y J. F. Alenza García, "La participación en la planificación de residuos", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 36, 2017, pp. 21-35.

2.8 Las potestades reguladoras y ejecutivas

Para el ejercicio de las competencias y para la prestación de los servicios así atribuidos, los municipios han de poder emplear todas las potestades que genéricamente tienen reconocidas en el artículo 4 LBRL. Cabe distinguir, a estos efectos, entre potestades reguladoras y potestades ejecutivas. Naturalmente, las potestades reguladoras se han de plasmar en ordenanzas que, en coherencia con lo razonado hasta aquí, no han de tener un contenido limitado exclusivamente a la organización (y financiación) de los servicios de gestión de su titularidad[47], sino que tendrían que abordar necesariamente otros aspectos, incluidos, por supuesto, los relativos a la producción[48].

Con idéntico alcance, fruto de la potestad reguladora cabría igualmente reputar los planes locales de gestión y los programas de prevención. En materia de planificación, el artículo 12.5.c).1.º LRSC dice que las "entidades locales podrán" elaborar "programas de prevención y de gestión de los residuos de su competencia". El artículo 14.3 LRSC reitera que las "enti-

47. Donde, no obstante, sigue habiendo campo abierto para la innovación. Pueden verse, en este sentido, las SSTS de 2 de octubre de 2012 y de 14 de febrero de 2013 que, desestimando sendos recursos contra la Ordenanza de Avilés, confirman la validez de la previsión según la cual se imputan a los promotores, en concepto de cargas de la urbanización, los costes de la instalación de sistemas de recogida neumática de residuos a ejecutar en las actuaciones de transformación urbanística.

48. Que las potestades reguladoras del municipio no se limitan a lo estrictamente prestacional ya lo había advertido A. Peñalver Cabré, *La regulación municipal de los residuos*, Cedecs, Barcelona, 1997. Puede verse también J. Ortega Bernardo, "El espacio que corresponde a las entidades locales para la configuración del moderno servicio público de gestión de residuos y las ordenanzas", *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, 19. Con posterioridad, resultan del mayor interés las SSTS de 9 de diciembre de 2009 y de 30 de noviembre de 2010 que reconocieron la competencia local para aprobar ordenanzas municipales sobre gestión de purines, fangos y deyecciones ganaderas. Bien es verdad que el Tribunal Supremo se basó para ello en el artículo 28 LBRL, que, sin expresa mención a los residuos, habilitaba también a los municipios para realizar "actividades complementarias" en una serie de materias que incluían el "medio ambiente". El caso es que la reforma de 2013 ha suprimido aquel artículo 28 LBRL. Pero tal supresión no afecta a la vigencia del artículo 12.5.c).3.º LRSC, que permite imponer obligaciones a poseedores de "residuos peligrosos domésticos o de residuos cuyas características dificultan su gestión". Ni tampoco a la posibilidad de regular residuos que no tienen por qué ser solo los domésticos integrados en los servicios obligatorios; régimen que siempre podrá completarse, desde la perspectiva de los bienes jurídicos protegidos afectados por esos u otros residuos, con la habilitación general que para la tipificación de infracciones y sanciones en sus ordenanzas les confieren los artículos 139 y 140 LBRL.

dades locales en el marco de sus competencias, podrán elaborar programas de gestión de residuos". Pero el artículo 15 LRSC obligaba a todas las Administraciones públicas, "en el ámbito de sus competencias", a aprobar "programas de prevención de residuos" antes del 12 de diciembre de 2013. Es claro, por tanto, que, en el ámbito local, la elaboración de programas de gestión es potestativa, pero la de programas de prevención solo tendría ese carácter si en la interpretación prima la norma especial frente a la más general. En cuanto a su respectivo contenido, también parece claro que el de los programas de gestión vendrá delimitado por el ámbito de los servicios (obligatorios o no) de los que el municipio sea titular. En cambio, el de los programas de prevención podría ser mucho más amplio, pues toma como referencia los "ejemplos" de "medidas" que propone el Anexo IV LRSC[49]. Desde luego, en sus programas de prevención los entes locales incluirían medidas a adoptar en su condición de productores de residuos, pero no tendrían por qué limitarse a eso.

En cuanto a las potestades ejecutivas, la aplicación de tales ordenanzas y planes requerirá no solo facultades puramente prestacionales (como, por ejemplo, las prerrogativas vinculadas con la contratación o con la protección y utilización de los bienes públicos), sino también las propias de las demás modalidades de intervención, como son el fomento y, muy señaladamente, además de la gestión tributaria, la policía administrativa (control preventivo, inspección, órdenes de ejecución, ejecución subsidiaria, potestad sancionadora, etc.).

2.9
La proyección de todo ello en el nuevo escenario circular

Ninguna potestad confiere un poder ilimitado. Al igual que sucede con las materias, las competencias y los servicios, será tarea del legislador sectorial concretar el alcance material y funcional de estas potestades. Ahora bien, la configuración resultante ha de tener presentes los retos de la nueva perspectiva circular. Para ilustrar esta reflexión bastará indicar que existen determinados objetivos cuantificados de valorización a escala europea y que se anuncian otros que se esquematizan a continuación[50]:

49. Que distingue entre "medidas que pueden afectar a las condiciones marco de la generación de residuos" (1-3), "medidas que pueden afectar a la fase de diseño, producción y distribución" (4-10) y "medidas que pueden afectar a la fase de consumo y uso" (11-24).

50. En cursiva, nuevos objetivos introducidos por la Propuesta de Directiva de modificación de la DR (todavía en tramitación).

Objetivo de reducción del depósito en vertedero

Año	Residuos	Porcentaje
2016	Residuos urbanos biodegradables	35 %
2030	*Residuos "municipales"*	*10 %*

Objetivos de preparación para la reutilización y reciclado

Año	Residuos	Porcentaje
2020	"Papel, metales, plástico y vidrio de los residuos domésticos"	50 %
	"Residuos no peligrosos de la construcción y demolición"	70 %
2025	*Residuos "municipales"*	*60 %*
2030		*65 %*

Pero tampoco hay que esperar a que los nuevos objetivos se aprueben. En el marco de la *Environmental Implementation Review* (EIR), a comienzos de este año la Comisión Europea ha constatado que "España debe intensificar sus esfuerzos para mejorar el rendimiento de su sistema de gestión de residuos y para cumplir los objetivos, especialmente para reducir los vertidos y aumentar el reciclaje". Entre las "medidas propuestas" al efecto figuran las de "introducir impuestos" para "eliminar gradualmente el vertido de residuos reciclables o recuperables", "utilizar los ingresos para apoyar la recogida selectiva e infraestructuras alternativas, pero evitando la construcción de demasiadas infraestructuras para el tratamiento de desechos residuales", y "centrarse en mejorar la eficacia de la recogida selectiva con el fin de aumentar las tasas de reciclado (incluidos planes específicos de gestión de biorresiduos)"[51].

Nada de esto será posible sin el compromiso efectivo de los municipios. Pero nótese que, con su mero enunciado, estos objetivos alteran por com-

51. Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión SWD(2017) 42 final, de 3 de febrero de 2017, "Informe de España", que acompaña a la Comunicación "Revisión de la aplicación de la normativa medioambiental de la UE: problemas comunes y cómo combinar esfuerzos para obtener mejores resultados", pp. 8-10. Recomienda también "ampliar y mejorar la rentabilidad, el control y la transparencia de los regímenes de RAP y eliminar el parasitismo", "intensificar la cooperación entre las regiones" y "completar los planes regionales de gestión de residuos que faltan a fin de abarcar la totalidad del territorio".

pleto el escenario derivado de la inercia de la perspectiva lineal. En efecto, por contraposición a lo expuesto *supra* 2.1, hoy, en el contexto de la economía circular, el protagonismo recae sobre soluciones intermedias y diversificadas. Más concretamente, y debido a la prioridad de la valorización frente a la eliminación, se requiere cubrir la escasa oferta de plantas de preparación para la reutilización y para el reciclaje (material). Todo esto sucede, además, en un contexto en el que, por motivos no específicos del sector, se retoma el debate sobre las formas de gestión de los servicios locales[52]. A este respecto, como puso de manifiesto el debate sobre el vigente artículo 85.2 LBRL, hay voces muy potentes, como las de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que abogan abiertamente por el arrinconamiento de la gestión pública directa a favor de la indirecta[53]. Y ello pese a que en el sector específico de los residuos ese mismo organismo (que, no se olvide, ha de intervenir preceptivamente en los expedientes de monopolización) ya había detectado y sancionado prácticas de oligopolio contrarias a la libre competencia[54].

Además, frente a la gestión pública, directa o indirecta, han ganado protagonismo formas de gestión privada, como es el caso de los sistemas

52. Así, por ejemplo, y muy destacadamente, en T. Font i Llovet y J. J. Díez Sánchez (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Iustel, Madrid, 2017.

53. Informe de Proyecto Normativo IPN 088/2013, sobre el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, aprobado por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el 13 de marzo de 2013.

54. De excepcional interés resulta al respecto la Resolución de 8 de enero de 2015, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que sancionó con un total de 98,2 millones de euros a 39 empresas y tres asociaciones de gestión de residuos, como consecuencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Entre las sancionadas se encuentran grandes empresas del sector como FCC, Cespa, Ferrovial, Urbaser o ACS, por llevar a cabo una práctica concertada global de reparto del mercado con la que conseguían repartirse los clientes y las licitaciones públicas. La propia Comisión recalca que "estos acuerdos han tenido un carácter especialmente dañino, en la medida en que encarecieron el coste de los servicios que se prestan a los ciudadanos y se mantuvieron las conductas durante un largo período de tiempo". En este orden de consideraciones, pueden verse también las SSTS de 9 de julio de 2012 y de 11 de septiembre de 2015 que confirman la validez de sanciones impuestas en materia de defensa de la competencia a empresas que participaron en acuerdos colusorios para repartirse el mercado de los clientes públicos en el sector de la gestión de residuos sanitarios. La STS de 24 de noviembre de 2014 también confirma otra sanción de este tipo impuesta a Ecovidrio.

colectivos de responsabilidad ampliada del productor (antes SIG) para envases, RAEE[55], VFU, NFU, aceites usados, pilas y otras fracciones cada vez más significativas. En realidad, y por encima de sus rasgos peculiares, en las normas específicas más recientes se asiste a una combinación de diferentes opciones, aunque se abre paso la tendencia a primar la recogida por los propios sistemas integrados de gestión cuando existan. De este modo, son cada vez más los residuos teóricamente "urbanos" o "domésticos" que escapan del circuito de los servicios públicos locales tradicionales. Y todo ello sin olvidar la posibilidad de gestión privada que, invirtiendo los términos respecto de la regulación anterior, abre el controvertido artículo 12.5.c).2.º LRSC (*supra* 2.5).

2.10
Retos inmediatos: la ordenación de la recogida como factor decisivo

En estas condiciones, las derivaciones son muchas en todas y cada de las fases u operaciones de la gestión. Pero lo que ahora se quiere remarcar es que la ordenación de la recogida, necesariamente separada, ha dejado de ser, si es que alguna vez lo fue, lo más fácil. En efecto, en el ámbito puramente prestacional, en manos de las ordenanzas queda ya no solo la regulación de los aspectos técnicos de las modalidades de recogida, sino también la necesidad de afinar en la manida distinción entre recogida ordinaria y recogida especial, e incluso de recomponer el rompecabezas que entrañan las

55. Subsector este que está atrayendo especialmente la atención de los especialistas, como prueban las aportaciones de P. Cubel Sánchez, *La responsabilidad ampliada del productor de aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; D. B. Entrena Ruiz, "Protección ambiental desde el mercado: el modelo de gestión de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 305, 2016, pp. 135-175, y "Protección ambiental y libre mercado: la incidencia de la responsabilidad ampliada de los productores de residuos sobre el servicio público local en el marco de la racionalización de la Administración local (los RAEE como ejemplo)", en F. J. Sanz Larruga (dir.), *Derecho ambiental en tiempo de crisis. Comunicaciones presentadas al Congreso de la Red Ecover (A Coruña, 19 y 20 de noviembre de 2015),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 334-348; o P. Poveda Gómez, "Real Decreto 110/2015, de 20 de febrero, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos: un ¿nuevo? modelo de colaboración público-privada para regular la responsabilidad ampliada del productor en materia de residuos", en M. Á. Recuerda Girela (dir.), *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario de derecho administrativo 2016*, Thomson Reuters-Civitas, 2016, pp. pp. 285-308.

relaciones entre recogida en masa y recogida selectiva (cuántas fracciones y cuáles). Previsiblemente, esto aboca a encarar también con más atención las obligaciones del poseedor inherentes a la entrega y, más aún, las obligaciones del productor en la fase de prerrecogida. Un concepto este que, pese a su creciente importancia, no ha merecido una definición legal ni a escala comunitaria ni estatal. En todo caso, y con carácter general, la intervención pública en esta fase previa sigue encontrando respaldo genérico en el artículo 18.1 LRSC, conforme al cual el poseedor de los residuos estará obligado, mientras se encuentren en su poder, a mantenerlos en condiciones adecuadas de higiene y seguridad mediante, por ejemplo, medidas de separación en origen[56].

Y todo ello sin olvidar la importancia que adquiere el régimen económico-financiero con fines no solo recaudatorios, sino también extrafiscales, para incentivar, desde luego, la valorización frente a la eliminación, pero también la prevención (*pay as you throw*). En cuanto a esto último, ciertamente, en el estado actual del derecho de la Unión, no existe ninguna normativa que imponga a los Estados miembros un método concreto en cuanto a la financiación del coste de la gestión de los residuos urbanos [STJ de 16 de julio de 2009 (*Futura Immobiliare y otros*, C-254/08) y STJUE de 30 de marzo de 2017 (C-335/16, *VG Čistoća y otros*)][57]. No obstante, el "pa-

56. Este mismo precepto acoge los plazos máximos para el almacenamiento de residuos en el lugar de producción. Por su parte, el artículo 17.4 LRSC sistematiza obligaciones de información a las empresas, a las entidades locales y a la Administración ambiental. Y el artículo 17.5 LRSC presta cobertura para que las "normas de cada flujo de residuos" establezcan obligaciones de separación por tipos de materiales.

57. En virtud de la doctrina contenida en estos pronunciamientos, los artículos 14 y 15.1 de la Directiva 2008/98 "deben interpretarse en el sentido de que, en el estado actual del derecho de la Unión, no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prevé, a efectos de la financiación de un servicio de gestión y eliminación de residuos urbanos, un precio calculado sobre la base de una evaluación del volumen de residuos generado por los usuarios de dicho servicio y no sobre la base de la cantidad de residuos que estos efectivamente generaron y entregaron para su recogida, así como el pago por los usuarios, en su condición de poseedores de residuos, de una tasa suplementaria, cuya recaudación se destina a financiar inversiones de capital necesarias para el tratamiento de los residuos, incluido su reciclado. No obstante, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar, basándose en los elementos de hecho y de derecho que se le han presentado, si eso no lleva a imputar a determinados 'poseedores' unos costes manifiestamente desproporcionados respecto de los volúmenes o de la naturaleza de los residuos que pueden generar. Para ello, el órgano jurisdiccional nacional podrá, en particular, tener en cuenta criterios ligados al tipo de bienes inmuebles ocupados por los usuarios, a la superficie y a la afectación de dichos bienes, a la capacidad productiva de los

quete revisado" de medidas para la economía circular propone incorporar una genérica alusión a la promoción de "instrumentos económicos" para desalentar, al menos, la eliminación en vertedero.

3
Reflexión final

La transformación requerida para que los municipios españoles contribuyan a la economía circular plantea evidentes retos técnicos, económicos, sociales y políticos. De lo aquí expuesto se desprende que los retos jurídicos específicos del sector no radican tanto en el tradicional ámbito prestacional, sino, más bien, en el ámbito de la ordenación de las fases previas de la gestión. Lo cual engloba no solo la "recogida", sino también las obligaciones de entrega y separación en origen (prerrecogida), incluyendo el control efectivo de su cumplimiento, así como incentivos (incluso fiscales) para fomentar la prevención.

El tiempo habría de decir si la generalización de los planes y las ordenanzas locales de este tipo consigue cumplir los ambiciosos objetivos propuestos. Pero resulta dudoso que así sea si el modelo subyacente sigue siendo el muy generalizado que se basa en la voluntariedad y el anonimato de los usuarios del servicio; un modelo no fiscalizador que diluye la responsabilidad individual de cada ciudadano en el conjunto de la población a costa del esfuerzo igualitario de todos los contribuyentes. La alternativa sería un modelo fiscalizador basado en el control público desde la fase de prerrecogida que permita identificar quién deposita residuos y qué entrega exactamente, para poder extraer las consecuencias jurídicas oportunas: bonificación, denegación del servicio, recargo, sanción, etc.

El modelo fiscalizador ha funcionado razonablemente bien con los residuos de origen industrial, donde la trazabilidad de los residuos generados puede estar asegurada desde que se otorga, por ejemplo, una autorización ambiental integrada. Y con los dispositivos técnicos oportunos (la tecnología ofrece una gama cada vez más amplia de ellos) podría extenderse sin dificultad sobre otras actividades cuya puesta en marcha esté sometida a cualquier otro control preventivo (actividades clasificadas, obras…). Pero hay

'poseedores', al volumen de los contenedores puestos a disposición de los usuarios y a la frecuencia de la recogida, en la medida en que esos parámetros pueden influir directamente en el importe de los costes de la gestión de los residuos".

que reconocer que su traslación al ámbito de los hogares encuentra notables resistencias que no se agotan en lo estrictamente jurídico[58].

El dilema que de aquí surge puede plantearse del siguiente modo: si se opta por un modelo no fiscalizador se corre el riesgo de incumplir los objetivos impuestos. Pero, si se optara por un modelo fiscalizador, ¿no reaparecería el viejo argumento de la incapacidad de los municipios para ordenar, no ya el tratamiento de los residuos, sino el núcleo de sus competencias históricas –que es, precisamente, la recogida– a favor de otras Administraciones mejor pertrechadas no ya para la prestación de servicios públicos, sino para el ejercicio de potestades de policía como las de inspección y sanción?

En respuesta a esta pregunta cabe observar que, hoy como ayer, la manida incapacidad es cuestión de medios y, más precisamente, de recursos materiales y humanos para poder atender tales responsabilidades. A ello sirven, además de la necesaria mejora de la legislación sectorial, las técnicas jurídicas bien conocidas de colaboración (incluso mediante ordenanzas-tipo), de cooperación (mancomunidades y consorcios) y de coordinación (mediante planes bien hechos y con financiación suficiente). Mientras no se agoten estas posibilidades el debate será más político (incluso puramente electoralista) que jurídico. Pero ayudaría a racionalizar tales disputas que las mínimas –aunque necesarias– previsiones de la LBRL al respecto se adaptaran cuanto antes al signo circular de los nuevos tiempos.

58. En cuanto a los temores de vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de la intimidad del domicilio, conviene partir de la STS de 7 de noviembre de 2012, que confirmó la validez de la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y Gestión de Residuos del Ayuntamiento de Madrid, tanto en lo relativo a obligaciones colectivas como a las facultades de inspección.

IV.
La lucha contra la contaminación y el cambio climático

Estrategias ante los riesgos del cambio climático. Del Protocolo de Kioto a los Acuerdos de París

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona

1. **Peculiaridades y características de la acción contra un fenómeno de alcance planetario**
   1.1. Los rasgos de la estrategia contra el cambio climático
   1.2. La aplicación del modelo de regulación de riesgos. La estrategia de Kioto de reducción del riesgo
   1.3. La estrategia de París. La delimitación del riesgo permitido
2. **Los objetivos y las fórmulas del Protocolo de Kioto**
3. **Los Acuerdos de París de 2015. Objetivos y metodología**
4. **Bibliografía**

Resumen

El cambio climático muestra los efectos a escala planetaria de la acción humana multiplicada por la técnica, con la generación de un riesgo global cuyo tratamiento requiere de una estrategia internacional. El Protocolo de Kioto enderezaba esa estrategia hacia la reducción del riesgo, mientras que los Acuerdos de París de 2015 tienen un objetivo más realista: habrá de convivir la humanidad con ese riesgo que genera a través de un tejido tecnológico al que no se puede renunciar, pero habrá que fijar unos límites a ese riesgo. Sus instrumentos giran entonces en torno a la delimitación del riesgo permitido.

Palabras clave: *cambio climático; contaminación global; estrategia internacional; regulación de riesgos; determinación del riesgo permitido*.

The strategy before the risk of climate change. From the Kyoto Protocol to the Paris Agreement

Abstract

Climate change shows the planetary effects of human action multiplied by technology and a global risk which requires an international strategy. The Kyoto Protocol pursued to reduce that risk, whereas the Paris Agreement of 2015 had a more realistic objective: humanity must life with this risk because technology is unstoppable, but limits to that risk must be established. The tools of the Paris Agreement deal with the scope of the allowed risk.

Keywords: climate change; global contamination; international strategy; risk regulation; scope of risk; scope of the allowed risk.

1
Peculiaridades y características de la acción contra un fenómeno de alcance planetario

1.1
Los rasgos de la estrategia contra el cambio climático

El primero es su objeto de atención: la contaminación global o planetaria que se pretende contener y reducir. Pero debe precisarse ya que, aunque ese es ciertamente el objeto directo que marca decisivamente el programa de actuación, se trata de un objetivo mediato para alcanzar el objetivo último, que es conjurar el riesgo global que se cierne con el calentamiento del planeta.

El segundo rasgo se localiza en las características y la estructura del régimen que se configura para alcanzar ese objetivo. Desde el momento en que ese objetivo tiene un marcado alcance internacional, la cobertura básica de ese régimen también se encuentra en instrumentos del derecho internacional. Un régimen, como es sabido, nucleado inicialmente en torno al Protocolo de Kioto y ahora a los Acuerdos de París de 2015, pero del que se derivan regulaciones para el derecho interno y para los agentes contaminantes.

El tercer componente afecta a las fórmulas y técnicas jurídicas que se diseñan para operar en este frente. Lo más destacable fue la novedad que –al menos en nuestro ordenamiento jurídico– presentaban las categorías y fórmulas centrales en este sistema: los derechos de emisión, la asignación de cuotas, las transacciones que pueden realizarse, el peculiar mercado que así se configura. Esta novedad, que, repito, se presenta así para nosotros y no desde luego para quienes venían operando con estas fórmulas en otros ordenamientos, deriva del dato que se ha destacado en el párrafo anterior: la base del sistema que se configura la ofrece un acuerdo y programa internacional en el que están presentes Estados con sistemas jurídicos diferentes que aportan –y pretenden introducirlos y generalizarlos en ciertos casos– modelos y fórmulas que son para unos sistemas jurídicos los suyos propios con los que están plenamente familiarizados, mientras que para otros resultan del todo novedosos.

1.2
La aplicación del modelo de regulación de riesgos. La estrategia de Kioto de reducción del riesgo

El fenómeno que la ciencia constata en los últimos años, y que desencadena las medidas que acaban por conformar el régimen que exponemos, es el calentamiento del planeta o el calentamiento global. Se ha detectado, en efecto, un aumento sensible de las temperaturas que se hace más perceptible en las zonas más frías, las zonas polares, en las que los científicos concentran la mayor parte de sus estudios e investigaciones.

Los efectos de ese calentamiento no se pueden aventurar con precisión, pero algunos se hacen ya patentes de manera preocupante: reducción de la capa de hielo, que se derrite, reducción de glaciares, aumento del nivel del mar con la consiguiente amenaza para las zonas costeras bajas, alteraciones para cultivos, flora y fauna por el cambio de temperatura. Pero, con todo, lo más destacable de este calentamiento global no está en sus efectos, sino en sus causas.

Se tiene constancia de diversos cambios climáticos en la historia del planeta, y se conocen también con mayor o menor certeza varios de sus efectos, como son las migraciones de ciertas especies animales y vegetales o la extinción de otras. Pero el cambio que ahora se advierte tiene una diferencia fundamental con los anteriores, y no es solo que se produce a un ritmo cronológico notablemente más rápido que aquellos, sino sobre todo, y esto es lo determinante, que es debido a la acción humana.

Las otras alteraciones climáticas se debían exclusivamente a causas naturales –varias se produjeron con anterioridad a la presencia humana en el planeta–, pero la que nos afecta ahora es la primera que se debe a la actividad desarrollada por los seres humanos. Sobre ello existe por vez primera total acuerdo en la comunidad científica, aunque ese consenso no se extiende a las magnitudes de la alteración climática, ni a la eficacia que se atribuye a las diversas medidas que puedan adoptarse.

Esta apreciación es del todo fundamental, por cuanto sitúa el problema en las coordenadas de riesgo que son las determinantes del moderno derecho ambiental. No estamos ante un peligro, como sería y ha sido en otras épocas el calentamiento del planeta por la acción de los elementos naturales, sino ante un riesgo que, por definición, tiene su origen en la actividad humana: se trata de la acumulación de –prácticamente– infinitas acciones que van desde la producción de energía en una gran central térmica hasta el uso de una motocicleta; acciones desarrolladas de manera continua en todo el planeta. De esa actividad humana se ha de ser responsable. Sobre esa actividad puede disponerse y es, por tanto, susceptible de regulación, a diferencia de lo que ocurre con los peligros atribuidos a unas fuerzas –o limitaciones en su caso– de la naturaleza sobre las que no puede disponerse ni pueden por ello ser objeto de regulación.

El Protocolo de Kioto, y los acuerdos internacionales que lo preceden, ponen precisamente de manifiesto que esta actuación reflexiva es posible, y que ante el riesgo derivado del calentamiento del planeta puede reaccionarse, e incluso puede disponerse sobre él, como sobre cualquier riesgo, al poder disponerse de la actividad humana que lo genera. En principio, el riesgo derivado del calentamiento del planeta desaparecería, o se reduciría considerablemente, si cesaran o se redujeran considerablemente también las actuaciones nuestras que lo generan.

Lo destacable en este punto del riesgo de calentamiento global es la inabarcable difusión de las actividades que lo generan: no pueden en modo alguno adscribirse a un grupo de sujetos determinados. Esta pluralidad y difusión de focos es frecuente en los riesgos ambientales, pero en este caso alcanza su mayor calado: infinidad de actuaciones en las que está implicada de uno u otro modo el conjunto de la humanidad. Ante esta realidad que, por parecer inabarcable, pudiera desincentivar cualquier acción para dominarla y corregirla, resulta extraordinariamente positiva la reacción que se adopta desde los acuerdos de Kioto. Ante un riesgo global, generado por acciones difusas desde todos los puntos del planeta, solo puede reaccionarse desde un acuerdo global, desde el que se programe una diversidad de medidas y actuaciones, bajo la responsabilidad de los Estados, que se redistri-

buyan y se asignen a los sujetos que principalmente desarrollan las actividades que generan los riesgos derivados del calentamiento global.

Más concretamente, el factor que desde las instancias científicas se destaca como más determinante, y preocupante, en el calentamiento del planeta es el deterioro de la capa de ozono en la atmósfera. Un deterioro que se debe al incremento de los llamados gases de efecto invernadero. Son varios los gases a los que se reconoce ese efecto con negativa incidencia en la capa de ozono: normalmente se relacionan hasta seis tipos, y, sin duda alguna, los más extendidos y que por ello se erigen en el objeto primordial de actuación son el dióxido de carbono (CO_2) y el metano (CH_4).

Por tanto, el objetivo primario y fundamental de la estrategia que se diseña a partir de Kioto es la reducción de estos gases. Un objetivo que queda en la órbita de disposición humana, si se tiene en cuenta que ha sido y es la propia actividad humana la que se advierte por la comunidad científica como la causa principal del incremento de estos gases de efecto invernadero. Son varias desde luego las actividades bajo conducción e intervención humana que producen emisiones de estos gases; en su mayor parte estos son debidos a las actividades relacionadas con los procesos de combustión de materiales fósiles.

De ahí que el objetivo más próximo y concreto que se deriva de los acuerdos de Kioto sea la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, actuando sobre estas actividades de combustión que afectan sobre todo al sector de la energía y de ciertas actividades de producción industrial. Las medidas que se programan se orientan, pues, primariamente a la reducción de gases contaminantes de la atmósfera, aunque su objetivo final sea evitar o corregir el calentamiento del planeta.

1.3
La estrategia de París. La delimitación del riesgo permitido

Se ha destacado que los Acuerdos de París adoptan una estrategia diferente a la de Kioto, pero no se ha resaltado tal vez lo suficiente la que, en el fondo y más allá de los documentos, es la esencia del cambio de orientación que se explica cabalmente en el marco de la teoría de la regulación de riesgos.

Kioto, lo hemos visto, pretende la reducción del riesgo que el cambio climático genera mediante la reducción de los gases de efecto invernadero, que se consideran el principal elemento causal de ese riesgo. París supone la constatación de que esa orientación es imprecisa y no plenamente eficaz en cuanto a sus objetivos y resultados. La estrategia que se impone no es

la –ciertamente muy imprecisa– de la reducción del riesgo, sino la determinación precisa del riesgo permitido.

Se tiene así plena conciencia de que el desarrollo industrial ha generado este riesgo del cambio climático con el que la humanidad habrá de convivir. La total eliminación de ese riesgo pasaría por la completa desactivación del tejido industrial del que la humanidad se ha dotado. Algo que en realidad nadie se plantea. Sobre todo los países en vías de desarrollo, que albergan a la mayor población del planeta, no quieren renunciar al desarrollo industrial y al progreso económico que comporta. Ello nos sitúa en el escenario propio de la sociedad industrial, sociedad del riesgo, en la que necesariamente ha de convivirse con el riesgo. Se hace así realidad lo que han confirmado los tribunales de las más diversas jurisdicciones: no existe el riesgo cero. No existe, por tanto, el riesgo cero frente al cambio climático. Ha de convivirse con él.

Pero sobre ese riesgo (como todos los que se deben a la acción humana) se puede decidir fijando sus magnitudes permisibles, los niveles de riesgo que se aceptan. Este es el planteamiento que se adopta en los Acuerdos de París. Implícitamente se viene a reconocer que no es posible –no hay voluntad real para ello– eliminar los gases de efecto invernadero, pues ello supondría la desactivación del tejido industrial, para lo que no existe el más mínimo consenso. Pero a ese riesgo los Acuerdos de París de 2015 le fijan un límite: el incremento de la temperatura media global no podrá rebasar los 2 grados centígrados, con la previsión de un esfuerzo adicional para que no se superen los 1,5 grados centígrados. Se fija de ese modo un concepto que es absolutamente central en la regulación de riesgos como es el de riesgo permitido. Los 2 grados centígrados es así el máximo nivel de riesgo climático que permite y acepta la comunidad internacional.

2
Los objetivos y las fórmulas del Protocolo de Kioto

El Protocolo de Kioto, en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, se aprobó inicialmente el 12 de diciembre de 1997. Se trata de un acuerdo internacional, precedido de antecedentes y avatares diversos, que se abre a un proceso de ratificación por los Estados que también ha sido complejo, sin que todavía se haya cerrado del todo.

Es en la cumbre de Río de Janeiro, en 1992, donde se abordó frontalmente el problema del cambio climático y se iniciaron los trabajos que cristalizaron en el Protocolo de Kioto de 1997. A partir de aquí se inicia el

tortuoso proceso de ratificación por los Estados. Al año siguiente, el presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, firmó el Protocolo, pero su ratificación no pudo realizarse, al oponerse el Senado, a quien corresponde la decisión última sobre ratificación de tratados internacionales. Desde entonces Estados Unidos mantuvo una posición distante con relación a Kioto –por los costes económicos y la pérdida de puestos de trabajo que podría comportar–, planteando un programa, no muy definido ciertamente, de energías alternativas. Un paso muy importante se produce con la ratificación por la Unión Europea en 2002. El grupo líder en el impulso del proyecto de Kioto lo forman entonces Japón, Canadá y, por supuesto, la propia Europa. En 2004 el Protocolo es ratificado por Rusia –favorecida sin duda por la desactivación de buena parte del pesado y obsoleto tejido industrial con origen en la época estalinista–, lo que tiene un importante efecto: se dan las exigencias de ratificación exigidas para su entrada en vigor en el plano internacional.

En cualquier caso, para nosotros, el momento determinante es cuando la Unión Europea ratifica el Protocolo de Kioto el 30 de mayo de 2002. Esta ratificación vincula a todos los Estados miembros y supone el decidido compromiso de la Unión Europea de impulsar y coordinar el cumplimiento de los objetivos de Kioto. Con esta intención se aprueba la Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003.

Esta Directiva constituye la más intensa vinculación a los Estados europeos para que adopten las medidas pertinentes, legislativas y ejecutivas, en cumplimiento de sus objetivos, que son en muy buena medida los establecidos en el Protocolo de Kioto. Tras una demora injustificable, la primera medida relevante que se adopta por el Estado español es el Real Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Pocos días después se aprobaba el Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Plan nacional de asignación de derechos de emisión, 2005-2007. Llegamos así a los instrumentos y fórmulas jurídicas que están llamados a operar en el sistema que se configura a partir de Kioto.

El objetivo fundamental de Kioto es una reducción de emisiones de gases de efecto invernadero de un 5,2 % respecto al nivel de 1990.

Al servicio de este y otros objetivos a más largo plazo se diseñan una serie de instrumentos, que son los llamados mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto. Estos instrumentos se agrupan en dos categorías:

La primera la integran los instrumentos vinculados a proyectos de inversión en tecnología limpia en países terceros (desarrollo limpio y acción conjunta).

La segunda está formada por los instrumentos de mercado en torno al comercio de emisiones. Son las fórmulas y los instrumentos que se adscriben a este segundo grupo los que adquieren por el momento el mayor protagonismo. Se trata, por lo demás, de instrumentos que tienen una destacada proyección económica –y como tal son objeto de estudio de esta perspectiva–, pero que requieren un marco jurídico de regulación, a diferencia de lo que ocurre con los otros instrumentos, relativos a inversiones en tecnología limpia, con una dimensión exclusiva o sustancialmente económica y no jurídica o reguladora.

Los dos grupos de instrumentos son llamados mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto, porque la fórmula que este establece no es otra que la reducción de emisiones que afecta a los emisores, que deberán actuar prioritariamente sobre ellos mismos; una actuación reflexiva de contención que habrá de alcanzarse, básica e inexcusablemente, por dos vías: la de la reconversión tecnológica o la de la reducción de la actividad misma generadora de las emisiones.

Pero, además de esta actuación reflexiva, el Protocolo de Kioto contempla otras fórmulas, que podríamos caracterizar como de relación o de transferencia, y que pueden tener como objeto, fundamentalmente, cuotas de emisión o tecnologías limpias. Son los que se llaman mecanismos de flexibilidad: no suponen una rebaja de los objetivos, pero permiten transferirlos a sujetos a quienes les resulta más factible alcanzarlos, y que pueden obtener la correspondiente contrapartida de los operadores que ceden derechos de emisión.

3
Los Acuerdos de París de 2015. Objetivos y metodología

La estrategia diseñada en Kioto, con todos los problemas que se han apuntado, finaliza su período de ejecución en 2020. Para mantener la acción internacional contra el cambio climático, Naciones Unidas promovió la conferencia de París, que alcanzó sus acuerdos en diciembre de 2015, abriéndolos a la firma en abril de 2016. Adquiere por ello una especial significación la Cumbre del Clima de Marrakech que se celebró entre el 7 y el 18 de noviembre de 2016, pues supuso la efectiva entrada en vigor de estos Acuerdos.

Los Acuerdos de París siguen otra orientación, pues se trata de fijar objetivos concretos a cada Estado; para los europeos, su determinación corresponde a la Unión Europea. Como objetivo general a nivel planetario se fija el de situar el incremento de la temperatura global por debajo de 2 grados respecto a los niveles preindustriales.

Se fijan luego toda una serie de objetivos instrumentales. Uno de ellos, de carácter financiero: movilizar 100 000 millones de dólares anuales a partir del año 2020 por parte de los países desarrollados, una cifra que se pretende superar a partir del año 2025.

Un aspecto a destacar del sistema que se instaura en París es que deja a la libre y autónoma decisión de cada Estado su aportación a la lucha contra el cambio climático. Lo que sí se establece con carácter general es que los Estados habrán de dar a conocer cuáles sean sus aportaciones. Son las que se denominan Contribuciones Nacionales Determinadas (CND). Para los países en vías de desarrollo se prevé que puedan establecer dos tipos de compromisos en lo que a sus contribuciones se refiere: unos compromisos son incondicionales, mientras que otros pueden quedar condicionados al apoyo financiero, tecnológico, de capacitación o de disponibilidad de mecanismos de mercado. Como ocurriera en el entorno de Kioto, la Unión Europea ha sido la primera gran economía que se aprestó a cumplir los Acuerdos en la lucha contra el cambio climático, y a tal efecto presentó ya en el año 2015 su CND, por la que se compromete a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 40 % en 2030, tomando como referencia los niveles registrados en 1990.

Con la notable singularidad de la Unión Europea, con los Estados que en ella se integran, las CND son ordinariamente de ámbito estatal. La mayoría de los Estados fijan objetivos por sectores. A los que se presta mayor atención son los de energía, residuos, transporte, edificación, agricultura y forestal.

Se establece también un mecanismo de control y revisión de las actuaciones realizadas y de cumplimiento de los objetivos que cada Estado se marca en su CND, y en principio cada cinco años se harán balances generales del grado de cumplimiento global. Para tener un conocimiento recíproco o general del grado de cumplimiento se prevé también todo un marco de transparencia.

4
Bibliografía

Alenza García, J. F. y Sarasíbar Iriarte, M.: *Cambio climático y energías renovables*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007.

Campins Eritja, M.: "La acción internacional para reducir los efectos del cambio climático: el Convenio Marco y el Protocolo de Kioto", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XV, 1999.

Canals i Ametller, D.: "Las Administraciones locales ante el cumplimiento del Protocolo de Kyoto", en Esteve Pardo, J. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, 2.ª ed., Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006.

Carballeira Rivera, M.ª T.: "El cambio climático. Análisis científico y jurídico del problema de la emisión de gases de efecto invernadero", *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente,* núm. 156, 1997.

Chueca, Á. G.: *Cambio Climático y Derecho Internacional*, Zaragoza, Fundación Ecología y Desarrollo, 2003.

Doménech Pascual, G.: "¿Es proporcionado cerrar una empresa por infracciones a la Ley del mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero?", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, 2006.

Domingo López, E.: "El Protocolo de Kioto y su desarrollo en España. El fomento de las energías renovables y de la cogeneración eléctrica como instrumento de lucha frente al efecto invernadero", *Documentación Administrativa*, núm. 256, 2000.

Esteve Pardo, J.: *Derecho del Medio Ambiente*, 4.ª ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2017.

Esteve Pardo, J.: "El mercado de títulos administrativos: asignación objetiva, reasignación transparente", en *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo)*, Madrid, Civitas, 2003.

Fernández de Gatta, D.: "Unión Europea y cambio climático: el régimen europeo del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero", *Noticias Unión Europea*, núm. 258, 2006.

Garcés Sanagustín, Á.: "El cambio climático como hecho que determina las medidas de fomento de las energías renovables", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 312, 2017.

Giles Carnero, R.: *La amenaza contra la capa de ozono y el cambio climático: respuesta jurídico-internacional*, Huelva, Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2003.

González Sánchez, S.: "El tercer período de comercio de derechos de emisión: novedades en el sistema jurídico español a partir de 2013", *RADA*, núm. 21, 2012.

López Sako, M. J.: "Las energías renovables en la lucha contra el cambio climático", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 16, 2009.

López Sako, M. J.: "La política energética sostenible de la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 322, 2011.

Marina Jalvo, B.: "La Cumbre de La Haya sobre el cambio climático", *Justicia Administrativa*, núm. 12, 2001.

Morán Blanco, S.: "El largo camino de la protección medioambiental y la lucha contra el cambio climático", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 64, núm. 1, 2012.

Pérez Gabaldón, M.: *La gestión intergubernamental de la política de cambio climático en España*, Pamplona, Aranzadi, 2013.

Rosa Moreno, J.: "La anunciada nueva estrategia de EEUU sobre el cambio climático. ¿Es posible la denuncia del acuerdo de París?", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 35, 2016.

Sanz Caballero, S.: "Los efectos del calentamiento global en los derechos del niño. Una perspectiva desde el derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 65, 2, 2013.

Sanz Rubiales, Í. (dir.): *El mercado de derechos a contaminar (Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España)*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

Sanz Rubiales, Í.: "Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 125, 2005.

Sarasíbar Iriarte, M.: *Régimen jurídico del cambio climático*, Valladolid, Lex Nova, 2006.

Sarasíbar Iriarte, M.: "La regulación jurídica de los mecanismos de flexibilidad basados en proyectos como medio para combatir el cambio climático", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 22, 2012.

Ciudades y la lucha contra el cambio climático: experiencias de municipios estadounidenses

Luis Inaraja Vera

Research Scholar, New York University School of Law.
Research Fellow, Furman Center for Real Estate and Urban Policy

1. **Introducción**
2. **Las tensiones de tipo político y económico con respecto a medidas de mitigación y adaptación**
3. **Mitigación del cambio climático**
4. **Dificultades jurídicas en la implementación de medidas de mitigación del cambio climático**
   - 4.1. Eficiencia energética
   - 4.2. Energía solar: planteamiento
   - 4.3. Energía solar: tensiones entre energía solar y desarrollo urbanístico
   - 4.4. Energía solar: la difícil elección entre los distintos usos ecológicos de los tejados
5. **Medidas locales relativas al cambio climático en otros ámbitos: recuperación de suelos contaminados**
6. **Conclusión**

Resumen

El ejecutivo estadounidense elegido a finales de 2016 ha dejado claro que la lucha contra el cambio climático no se encuentra entre sus prioridades. En parte como consecuencia de ello, varias ciudades americanas han acelerado sus políticas climáticas, algunas de las cuales vienen implementándose ya desde hace años. La experiencia americana sugie-

re que una de las claves para la reducción de gases de efecto invernadero a nivel municipal pasa por abordar el problema de la ineficiencia energética de edificios existentes, especialmente en ciudades con un elevado número de edificios antiguos. Asimismo, la expansión del uso de la energía solar en zonas urbanas puede contribuir a reducir de forma significativa el uso de combustibles fósiles.

Palabras clave: *ciudades; cambio climático; Estados Unidos; tejados ecológicos; autoconsumo compartido; eficiencia energética; suelos contaminados.*

Cities and Climate Change: Experiences from U.S. Municipalities

Abstract

The United States executive that was elected in late 2016 has made it clear that fighting climate change is not among its priorities. Partly in response to this, several American cities have sped up their climate policies, some of which started being implemented years ago. The experience in U.S. cities suggests that the inefficiency of existing buildings is one of the key factors that must be addressed in order to reduce greenhouse gases at the local level, especially in cities with a high number of old buildings. Moreover, expanding the use of rooftop solar can contribute to reducing the consumption of fossil fuels.

Keywords: cities; climate change; United States; green roofs; community-shared solar; energy efficiency; contaminated land.

1
Introducción

El presente artículo recoge las experiencias de distintas Administraciones locales estadounidenses en la lucha contra el cambio climático. El mensaje que manda la experiencia americana es de optimismo con respecto al papel que municipios y otros entes locales supramunicipales pueden asumir en la lucha contra el cambio climático. Los ejemplos de ciudades que están adoptando medidas para reducir la emisión de gases de efecto invernadero son numerosos y no se limitan a las grandes ciudades del este como Nueva York, Boston o Washington D.C. –que se presuponen políticamente afines a

este tipo de iniciativas–, sino que incluyen también ciudades del sur como Nueva Orleans, Atlanta y Houston.

En este artículo se ofrece primero una visión global de cómo se han abordado estas cuestiones en municipios de Estados Unidos, haciendo hincapié en medidas de adaptación, y posteriormente se analizan, de forma más detallada, una serie de iniciativas de mitigación adoptadas por municipios americanos. Conviene precisar, a este respecto, que la adaptación tiene como función evitar los efectos del cambio climático, mientras que el objetivo de la mitigación es reducir la intensidad de este fenómeno, a través de la minoración de las emisiones de gases de efecto invernadero. No obstante, como el último apartado de este artículo ilustra, ambos tipos de medidas se encuentran presentes en otros tipos de iniciativas de tipo medioambiental, como por ejemplo en la normativa local sobre suelos contaminados de la ciudad de Nueva York.

2
Las tensiones de tipo político y económico con respecto a medidas de mitigación y adaptación

Existen dos tipos de problemáticas en relación con las medidas para afrontar el cambio climático en Estados Unidos: económicas y políticas. El componente político es consecuencia de la polarización que existe en EE. UU. con respecto a la necesidad de hacer frente al cambio climático.

Los demócratas, por un lado, son partidarios de que EE. UU. tome medidas para disminuir los efectos del cambio climático. El anterior presidente, Barack Obama, aprobó un reglamento cuyo objetivo era requerir que los distintos estados redujeran sus emisiones de gases de efecto invernadero. Este reglamento fue denominado "Clean Power Plan" (Plan de Energía Limpia). El plan fue acogido favorablemente por parte de muchos estados; la mayoría, con gobernadores demócratas. Sin embargo, una gran parte de los simpatizantes del partido republicano percibió estas medidas de mitigación como una fuente innecesaria de ineficiencia económica. Ello dio lugar a que varios gobernadores republicanos impugnaran esta norma reglamentaria[1].

1. La vigencia del reglamento federal para la lucha contra el cambio climático se encuentra suspendida como consecuencia de una medida cautelar concedida por los tribunales federales. Sin embargo, el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia todavía no se ha pronunciado sobre la validez del reglamento. Los estados que se unieron a la impug-

Estos últimos años ha existido un estira y afloja entre ambos partidos en el ámbito federal, pero, dado que los republicanos consiguieron la presidencia y el control del Congreso y el Senado en las elecciones de finales de 2016, los demócratas están explorando otras vías para lidiar con el cambio climático. Una de las principales iniciativas que están promoviendo es intentar que sean los estados y los municipios los que lideren la lucha contra el cambio climático[2].

Conviene poner de relieve, sin embargo, que el fenómeno de polarización política es mucho más palpable en lo que respecta a medidas de mitigación que en lo que atañe a iniciativas centradas en la adaptación[3]. Ello se explica porque es mucho más sencillo evitar cualquier mención del cambio climático con actuaciones de adaptación. Por ejemplo, los municipios pueden adoptar ciertas medidas –como las tendentes a evitar los efectos de las inundaciones– sin calificar estas actuaciones como respuestas al cambio climático. Ello hace que su implementación no genere oposición de tipo político o ideológico.

Por ello, no es sorprendente que ciudades con mayorías demócratas y, por tanto, más receptivas a políticas contra el cambio climático, hayan adoptado planes omnicomprensivos que tienen la adaptación al cambio climático como su objetivo declarado, como es el caso de Boston o ciertos condados de Miami. En ciudades con mayorías republicanas como Tulsa, en el estado de Oklahoma, sin embargo, se ha optado por elaborar planes limitados al tipo de impacto que dichos municipios están sufriendo –en este caso, inundaciones–, sin vincularlos formalmente al cambio climático.

La problemática económica es también una realidad insoslayable. En Nueva York, por ejemplo, un instituto de investigación (Institute for Policy

nación del plan fueron West Virginia, Tejas, Alabama, Arizona, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Indiana, Kansas, Kentucky, Luisiana, Michigan, Misisipi, Misuri, Montana, Nebraska, Nueva Jersey, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Ohio, Oklahoma, Utah, Wisconsin y Wyoming.

2. La necesidad de tomar medidas en el ámbito local es incluso anterior a las elecciones de 2016. Por ejemplo, en 2013, la localidad de Boulder, en Colorado, decidió remunicipalizar el servicio de suministro eléctrico para poder así adaptarlo a las cada vez más frecuentes lluvias torrenciales. Véase S. Welton, "Public Energy", *New York University Law Review*, vol. 92, 2017, p. 269. Para un análisis más exhaustivo del fenómeno remunicipalizador, véase J. Esteve Pardo, "El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas", *El Cronista*, núm. 69, 2017.

3. Un ejemplo de ello es la posición adoptada por parte del ejecutivo liderado por Donald Trump, que ha manifestado su intención de retirar a Estados Unidos del Acuerdo de París contra el cambio climático.

Integrity) estudió la predisposición de los habitantes de la ciudad a pagar más impuestos para construir un dique, con el fin de evitar inundaciones similares a las que se produjeron con los últimos huracanes[4]. El estudio reveló que ni siquiera aquellos con propiedades en las zonas más vulnerables estarían dispuestos a la subida de impuestos locales que la construcción del dique requeriría[5]. Por lo tanto, pese a que las decisiones se tomen por parte de la Administración local, muchas veces es necesario contar con fondos adicionales provenientes del Gobierno estatal o federal[6].

Aunque el resto del artículo se centra en actuaciones de mitigación, hay otra cuestión relativa a las medidas de adaptación al cambio climático que conviene destacar. Se trata de su heterogeneidad, tanto en lo que respecta a su contenido como al tipo de entidad local que las lleva a cabo. En estados del oeste, una de las mayores preocupaciones es la falta de agua, y en consecuencia se han llevado a cabo numerosas políticas de ahorro que, en muchos casos, han sido lideradas por municipios[7]. En Nueva York, por otra parte, la prioridad ha sido evitar los efectos del cambio climático sobre el transporte público, y por tanto el ente local que ha abordado esta cuestión ha sido la Autoridad Metropolitana del Transporte[8].

4. El más reciente, en 2012, fue el huracán Sandy, que fue el tercero más dañino desde un punto de vista económico que ha sufrido Estados Unidos.

5. J. S. Holladay, H. Kunreuther y V. Stahl, *Measuring Flood Risk. What Are NYC Residents Willing to Pay for a Flood Protection System?*, 31 de octubre de 2016 (http://policyintegrity.org/publications/detail/measuring-flood-risk).

6. La Agencia Federal de Gestión de Emergencias (FEMA, por sus siglas en inglés) se encarga de implementar muchas de estas medidas y proporcionar fondos a estados y municipios.

7. Un ejemplo de este tipo de iniciativas lo constituye el plan de recursos hídricos adoptado por el Ayuntamiento de Phoenix, en el estado de Arizona. *2011 Water Resources Plan* (https://www.phoenix.gov/waterservicessite/Documents/wsd2011wrp.pdf). En otros estados, como California, se ha optado por reducir las concesiones o "derechos de aguas" existentes para garantizar el mantenimiento de caudales ecológicos, lo cual ha llevado a que aquellos adversamente afectados reclamen la correspondiente indemnización por los caudales expropiados. Véase L. Inaraja Vera, "Instream Flows in California and Spain: The Thorny Issue of Compensation", *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 27, 2015, pp. 199 ss.

8. La Autoridad Metropolitana del Transporte ha elaborado varios informes sobre esta materia. Uno de los más recientes analiza los impactos del cambio climático sobre los distintos medios de transporte de la zona metropolitana, las actuaciones que deben llevarse a cabo y el coste de estas medidas. *MTA Climate Adaptation Task Force Resiliency Report*, 2016 (http://web.mta.info/sustainability/pdf/ResiliencyReport.pdf).

3
Mitigación del cambio climático

Una cuestión preliminar que se ha estado debatiendo es si tiene sentido que las ciudades lideren iniciativas de mitigación –es decir, prevención– del cambio climático. Hay quien opina que las ciudades deberían utilizar sus limitados recursos económicos para implementar políticas que tengan un impacto directo sobre el propio municipio, y que, por tanto, los ayuntamientos deberían centrarse en actuaciones de adaptación y no de mitigación[9]. Sin embargo, la opinión mayoritaria es que las medidas de mitigación, si son adoptadas por suficientes ciudades, pueden tener un impacto positivo a escala global, lo cual, a su vez, redundaría en beneficios para estos mismos municipios[10].

Sin ir más lejos, una ciudad como Nueva York emite una cantidad de gases de efecto invernadero equivalente a la de un país como Irlanda. Por ello, no es sorprendente que esta ciudad haya tomado la iniciativa a la hora de adoptar este tipo de medidas. En 2014, el alcalde de Nueva York se comprometió a reducir las emisiones generadas en la ciudad en un 80 % no más tarde del año 2050. El siguiente paso fue iniciar un estudio cuyo objeto era responder dos preguntas clave: ¿cuáles son las principales fuentes generadoras de gases de efecto invernadero en la ciudad?, y ¿qué tipo de medidas deben adoptarse para conseguir esa reducción del 80 %?

Por lo que respecta a la primera pregunta, el estudio reveló los siguientes datos: (i) las emisiones asociadas a la calefacción, aire acondicionado y electricidad utilizados en edificios representan el 68 % de los gases de efecto invernadero emitidos en la ciudad; (ii) sorprendentemente, los medios de transporte tanto públicos como privados generan únicamente un 28 %, y (iii) el metano producido por la materia orgánica presente en

9. El profesor Hughes, de la Universidad de Pensilvania, arguye que las ciudades no pueden, por sí mismas, solucionar el problema del cambio climático (M.A. Hughes, C. Colijn y O. Serpell, *Cities can't lead on climate change mitigation* (http://thebulletin.org/cities-cant-lead-climate-change-mitigation10547). Véase también J. B. Wiener, "Think Globally, Act Globally: The Limits of Local Climate Policies", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, 2007, p. 1962.

10. K. H. Engel, "Mitigating Global Climate Change in the United States: A Regional Approach", *New York University Environmental Law Journal*, vol. 14, 2005, p. 54. H. M. Osofsky y J. K. Levit, "The Scale of Networks?: Local Climate Change Coalitions", *Chicago Journal of International Law*, vol. 8, 2008, p. 409.

los residuos urbanos constituye un 4 % de las emisiones de gases de efecto invernadero[11].

Para responder a la segunda pregunta, el estudio establece las medidas que se van a adoptar para reducir las emisiones de este tipo de gases en un 80 %. Todas ellas se centran en uno o varios de los siguientes cuatro ámbitos: energía, edificios, transporte y residuos.

En relación con el uso de energía en general, las líneas de actuación son dos, ambas centradas en cómo se genera la electricidad que se acaba utilizando en la ciudad. La primera consiste simplemente en dejar que las políticas del estado de Nueva York sigan su curso y cambien progresivamente el *mix* eléctrico, favoreciendo fuentes de energía más limpias. El objetivo concreto que el estado de Nueva York se ha fijado es conseguir que las fuentes renovables representen el 50 % de la electricidad generada en dicho estado en 2030. La segunda opción para reducir las emisiones asociadas al uso de energía es incentivar la expansión de la energía solar en la propia ciudad. Esta vía presenta varias cuestiones jurídicas de interés que se abordan más adelante.

El siguiente ámbito es el de los edificios. El Ayuntamiento de Nueva York, durante los últimos años, ha aprobado distintas ordenanzas para incrementar la eficiencia energética, especialmente en edificios de viviendas y oficinas. Estas actuaciones se han centrado principalmente en exigir cambios en la iluminación, requerir auditorías energéticas y modificar el código de la edificación, entre otras.

En el sector del transporte, las principales medidas previstas en el estudio se orientan a mejorar el transporte público para disminuir el número de vehículos privados, proteger los "carriles bici" del tráfico –así como expandir su distribución para incentivar su mayor uso– y estudiar la posibilidad de crear zonas de bajas emisiones. Las zonas de bajas emisiones, sin embargo, pueden ser difíciles de implementar por motivos competenciales: la capacidad de estados y municipios para aprobar normas que pudieran afectar a las emisiones de los vehículos está muy limitada por ley federal[12].

11. El informe completo titulado "*New York City's Roadmap to 80 x 50*", publicado en 2016, se puede consultar en la siguiente dirección web: http://www1.nyc.gov/site/sustainability/codes/80x50.page

12. La principal limitación se encuentra contemplada en la Ley federal sobre contaminación atmosférica (*Clean Air Act*). El objetivo de este precepto es evitar que distintos estados adopten distintos valores límite de emisión para vehículos motorizados. La excepción es el estado de California, que sí está autorizada, bajo una serie de condiciones, para aprobar normas específicas relativas a la contaminación generada por vehículos a motor.

Asimismo, cualquier medida de carácter tributario como las que muchas veces llevan aparejadas estas zonas de bajas emisiones –tasas, por ejemplo– tiene que ser autorizada por el estado, lo cual no siempre es viable políticamente[13].

Finalmente, en materia de residuos, las iniciativas que el Ayuntamiento de Nueva York está valorando tienen como objetivo reducir la cantidad de residuos generada y, adicionalmente, limitar el volumen de materia orgánica que se transporta a los distintos vertederos, la mayoría de los cuales están situados fuera de la ciudad[14]. Ello tendría la doble ventaja de reducir las emisiones de metano producidas por los residuos, así como el volumen de dióxido de carbono generado durante su transporte.

4
Dificultades jurídicas en la implementación de medidas de mitigación del cambio climático

Este apartado aborda, con mayor detenimiento, los dos tipos principales de medidas en las que los municipios se han centrado para combatir el cambio climático, y que han suscitado tanto elogios como críticas en Estados Unidos y Canadá: la eficiencia energética y la expansión de la energía solar.

4.1
Eficiencia energética

En relación con las medidas para incrementar la eficiencia energética, Nueva York ha liderado este proceso con múltiples ordenanzas. Una de las principales iniciativas ha sido endurecer la normativa aplicable a nuevos edificios. Sin embargo, este tipo de medidas tienen una limitación muy importante. Como ocurre en otros lugares, la mayor parte de emisiones están generadas

Otros estados pueden adoptar los límites de emisión recogidos en el correspondiente reglamento federal o los aprobados por el estado de California. Sobre esta cuestión, véase también B. Richardson, *Local Climate Change Law*, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 149.

13. Este tipo de limitación suele venir recogida en las constituciones estatales.

14. Este traslado masivo de residuos a municipios situados, en muchos casos, a centenares de kilómetros de la ciudad de Nueva York, es una fuente importante de gases de efecto invernadero.

por edificios existentes. De hecho, se prevé que, en 2050, el 90 % de los edificios actuales sigan en pie. Ello ha llevado al Ayuntamiento de Nueva York a intentar lidiar con el problema real, que es la ineficiencia de los edificios ya construidos.

La normativa actualmente en vigor ha exigido la adopción de medidas de diversa índole. Una de las ordenanzas requiere que los propietarios de edificios de más de cierta superficie[15] implementen una serie de medidas de iluminación eficiente. También exige esta ordenanza la instalación de contadores individuales para los distintos arrendatarios[16]. Sorprendentemente, en edificios de oficinas era relativamente habitual, hasta hace poco, que no existieran contadores individualizados para cada arrendatario, lo cual generaba un incentivo para no reducir el consumo –si el arrendatario decidía ahorrar energía, el principal beneficiado era el arrendador–[17]. Este mismo problema sigue existiendo con respecto al consumo de agua en muchos edificios de viviendas en Nueva York.

Otras ordenanzas requieren que propietarios de edificios de determinadas dimensiones lleven a cabo auditorías energéticas, y remitan información sobre consumo energético al Ayuntamiento de forma periódica. La finalidad que persiguen estas normas locales es facilitar el acceso a este tipo de información por parte de posibles compradores y arrendatarios de estos edificios, con la esperanza de que los precios de los inmuebles reflejen, en un futuro no muy lejano, su eficiencia energética[18].

Estas medidas han tenido cierto éxito, pero las reducciones de gases de efecto invernadero que son capaces de generar son limitadas. Por este motivo, el debate actual está centrado en dos posibles soluciones. La primera es ampliar el ámbito de aplicación de estas iniciativas a edificios de dimensiones más reducidas. Ello lleva aparejado un coste político importante, dado que este tipo de actuaciones tienen un mayor impacto económico –en proporción– en edificios más pequeños que en edificios de mayor tamaño, lo cual se espera que genere oposición.

15. Aproximadamente 4500 metros cuadrados.

16. Esta ordenanza se aprobó por medio de la Ley Local 88 de 2009. La Ciudad de Nueva York tiene competencias para adoptar ordenanzas con la equívoca denominación de "Ley Local".

17. Este dilema ha sido objeto de análisis por parte del economista Mark Willis en el estudio "Utility Allowances in Federally Subsidized Multifamily Housing", de 10 de junio de 2010 (http://furmancenter.org/files/NYUFurmanCenter_UtilityAllowances_June2015.pdf).

18. Estas obligaciones de facilitar información al Ayuntamiento se impusieron por medio de las leyes locales 84 y 133, de 2009 y 2016, respectivamente.

La segunda solución es exigir que edificios existentes, de todos los tamaños, implementen medidas de mayor calado. Hay varios informes de grupos de investigación que colaboran con el Ayuntamiento que esbozan las líneas de actuación que debería seguir el consistorio[19]. Por lo que respecta al coste de las medidas que deberían exigirse, la recomendación para Nueva York es que se adopte el mismo planteamiento que el de la ordenanza de eficiencia energética de San Francisco: limitar el coste de las medidas de sostenibilidad a un 1 % del valor del inmueble. Además de limitar el coste final, se recomienda también priorizar medidas que puedan amortizarse en un plazo relativamente corto.

También es importante decidir en qué momento deben exigirse estos cambios. Existen varias opciones. La ordenanza en cuestión puede requerir que las modificaciones del inmueble se lleven a cabo antes de una determinada fecha. Otra opción es condicionar el nacimiento de la obligación de realizar este tipo de inversiones a que se produzca un hecho con relevancia jurídica, como la venta o el alquiler del inmueble. En el Reino Unido, empezando en el año 2018, se requerirá la implementación de medidas de eficiencia energética como condición para poder alquilar un edificio. Sin embargo, funcionarios británicos han reconocido que va a ser complicado controlar cuándo se alquilan los edificios, por tratarse de relaciones contractuales sobre las cuales la Administración tiene un control bastante limitado[20].

En países en los cuales los arrendadores tienen el deber de depositar la fianza en algún organismo público, sería más sencillo, como mínimo sobre el papel, adoptar este modelo. No obstante, para que ello sea viable en la práctica, es necesario que el nivel de cumplimiento de esta obligación sea alto –o, dicho de otro modo, que la mayor parte de fianzas se depositen debidamente–, lo cual no siempre sucede. Habida cuenta de estas dificultades, varias ciudades americanas han optado por exigir la implementación de medidas de eficiencia energética con ocasión de la venta del inmueble, puesto que resulta más sencillo asegurar su cumplimiento en estos casos.

Otra vía que la ciudad de Nueva York ha estado explorando ha sido la creación de una entidad sin ánimo de lucro que ofrezca financiación para llevar a cabo medidas de eficiencia energética. Ciertos economistas, sin

19. Véase, por ejemplo, D. Spiegel-Feld y A. Wilson, *Greening New York City's Homes: The Case for Requiring Energy Efficiency Upgrades*, 2017.

20. D. Spiegel-Feld y A. Wilson, *Greening New York City's Homes: The Case for Requiring Energy Efficiency Upgrades*, 2017, p. 11.

embargo, opinan que no se producirán avances importantes en este sentido hasta que un número suficiente de propietarios se decida a modificar sus edificios, y se cree un mercado significativo de empresas que presten este tipo de servicios a menor coste.

4.2 Energía solar: planteamiento

Otra línea de actuación es incentivar el uso de la energía solar como fuente de electricidad en zonas urbanas, con el objetivo de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. En Estados Unidos se ha planteado dicha expansión como una medida que lleva aparejados beneficios tanto de mitigación como de adaptación. Desde un punto de vista de mitigación, la energía solar evita la generación de gases de efecto invernadero que otras fuentes de energía, como el carbón o el gas natural, sí producen. Por otra parte, la principal ventaja de la energía solar desde una perspectiva de adaptación radica en que, junto a la instalación de baterías[21], este tipo de energía permite cierta autonomía en momentos en los que el suministro general de electricidad queda interrumpido, como consecuencia de fenómenos meteorológicos extremos.

El objetivo del Ayuntamiento de Nueva York es que en esa ciudad se generen 1000 MW por esta vía en el año 2030. Una pequeña parte del total se conseguirá instalando placas solares en edificios públicos, pero la mayoría tendrá su origen en instalaciones situadas en edificios de titularidad privada[22]. Para ello, el Ayuntamiento está trabajando codo con codo con el estado. Una de las iniciativas que se han adoptado recientemente y que ha resultado muy controvertida en otros lugares, especialmente en España, ha

21. Recientemente se han producido notables avances en el desarrollo de baterías y otros sistemas de almacenamiento de energía. Sin embargo, hay quien opina que el almacenamiento de energía eléctrica no necesariamente se traduce en una reducción de gases de efecto invernadero. Véase R. Revesz y B. Unel, "Managing the Future of the Electricity Grid: Energy Storage and Greenhouse Gas Emissions", *Harvard Environmental Law Review*, vol. 42, 2018.

22. En 2014, el Ayuntamiento de Nueva York se comprometió a instalar 100 MW en edificios públicos, como tarde en 2025. Asimismo, el consistorio acordó promover la instalación de 250 MW de energía solar en edificios privados. Recientemente se ha fijado un nuevo objetivo: que en 2030 exista una potencia instalada en la ciudad de 1000 MW de fuentes solares (incluyendo tanto edificios públicos como privados). Véase A. Shorris, *New York City's Roadmap to 80 X 50*, 2016, p. 48.

sido permitir el autoconsumo compartido de energía solar[23]. Ello consiste en que vecinos de un mismo edificio, de edificios colindantes, o incluso consumidores de electricidad situados a mayor distancia, utilicen de forma conjunta una misma instalación de energía solar.

El Ayuntamiento de Nueva York ha estimado que permitir el autoconsumo compartido ha incrementado la implantación de energía solar en edificios de forma significativa[24]. Son varios los motivos que explican este éxito. Uno de ellos es que estas instalaciones son económicamente ventajosas para sus titulares, pues reducen la inversión inicial que cada usuario tiene que llevar a cabo.

Otra de las claves del éxito del autoconsumo compartido es que ha dado lugar a la proliferación de organizaciones no gubernamentales cuya misión es aportar el capital inicial necesario para adquirir e instalar las placas solares. Estas entidades recuperan su inversión paulatinamente gracias a los pagos que efectúan los distintos usuarios de la energía solar una vez la instalación se pone en funcionamiento. Estos usuarios, aun teniendo que realizar estos desembolsos, siguen beneficiándose económicamente de este modelo de generación, puesto que les permite ahorrar con respecto a lo que tendrían que abonar por esa misma electricidad a la empresa eléctrica. Como se ha indicado anteriormente, la implantación de estas medidas ha sido posible gracias a la modificación de una ley estatal. Por tanto, la capacidad de un municipio para importar esta medida en particular es nula en ordenamientos jurídicos que no permitan el autoconsumo compartido.

Otras de las dificultades que han surgido en relación con la expansión de la energía solar tienen su origen en el planeamiento urbanístico. Algunas ciudades han considerado que la presencia de placas solares en un edificio requiere que el uso comercial esté permitido por el planeamiento en la parcela en la cual dichas placas se vayan a instalar. Por este motivo, parcelas donde únicamente se permiten usos residenciales tienen que solicitar también una licencia discrecional al ayuntamiento. Otro obstáculo relevante

23. Esta modalidad de autoconsumo fue inicialmente prohibida en España por el artículo 4.3 del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo. Dicho apartado tercero, sin embargo, fue posteriormente declarado nulo por el Tribunal Constitucional por motivos competenciales. Véase STC 68/2017, de 25 de mayo de 2017.

24. El consistorio destaca que parte de este efecto positivo debe atribuirse al hecho de que aquellos que se benefician de la electricidad generada están situados, en algunos casos, a una distancia considerable de donde se encuentran ubicadas las instalaciones solares. Véase A. Shorris, *New York City's Roadmap to 80 X 50*, 2016, p. 38.

lo constituyen las limitaciones de altura previstas en la normativa urbanística. En algunos casos, estas restricciones han impedido que edificios existentes pudieran instalar placas solares, pues ello hubiera hecho que rebasaran la altura máxima autorizada. Este problema llevó a la ciudad de Nueva York a modificar sus ordenanzas en abril de 2012, para permitir a propietarios de edificios ya construidos incorporar instalaciones solares sin tener que cumplir con las limitaciones de altura máxima.

4.3
Energía solar: tensiones entre energía solar y desarrollo urbanístico

La otra cuestión que preocupa a instaladores solares y ayuntamientos es la tensión que existe entre construcción y energía solar. El reto consiste en compatibilizar el interés en construir edificios cada vez más altos con el de dar tranquilidad a aquellos que desean instalar placas solares, y que muchas veces deciden no hacerlo por temor a que nuevas construcciones pudieran hacer sombra a sus instalaciones solares.

Estas tensiones se han resuelto a favor de la energía solar en muchas zonas de Estados Unidos, gracias a ordenanzas que protegen el derecho de aquellos que hayan instalado placas solares a estar libres de sombras causadas por construcciones levantadas con posterioridad[25]. En este contexto también son habituales los acuerdos entre propietarios mediante los cuales uno de ellos se compromete a no construir por encima de una determinada altura, a cambio de ser indemnizado por parte de quien desea mantener la radiación solar que llega a su instalación fotovoltaica –es decir, lo que en España denominamos servidumbres voluntarias–. Estas fórmulas han sido muy útiles en algunos casos, pero no en otros. ¿Dónde han funcionado bien? Principalmente en municipios relativamente pequeños, donde los precios de venta de nuevas construcciones son bajos.

Sin embargo, en grandes ciudades como Nueva York o San Francisco, en las cuales los precios de terrenos y construcciones son muy elevados, este tipo de limitaciones sobre la edificación no han sido viables ni política ni económicamente. El principal obstáculo radica en que los altos precios de las viviendas han creado un déficit de viviendas asequibles. Por tanto, la percepción generalizada es que limitaciones a la construcción de nuevos edificios –y más aún cuando el planeamiento actual lo permitiría– contribuirían a in-

25. Ello ha sucedido, por ejemplo, en la localidad de Boulder, en el estado de Colorado.

crementar aún más los precios de las viviendas. La otra cara de la moneda es que la falta de mecanismos jurídicos que protejan a aquellos que tienen interés en instalar paneles solares está causando que muchos de ellos decidan no hacerlo, por miedo a que, a corto o medio plazo, algún vecino bloquee la luz directa que llega a sus placas. Ello es especialmente problemático si tal momento se produce antes de que la instalación se haya amortizado.

Ante este dilema, ciudades como San Francisco llevan tiempo explorando otras opciones como la de crear un fondo que, como mínimo, permita indemnizar a aquellos propietarios de instalaciones solares urbanas que sufran disminuciones importantes de producción eléctrica como consecuencia de la construcción de nuevos edificios[26]. El objetivo es que este fondo actúe como un seguro que dé tranquilidad a los propietarios de inmuebles interesados en instalar placas solares y que, de no contar con este tipo de protección, no seguirían adelante con esta iniciativa.

4.4
Energía solar: la difícil elección entre los distintos usos ecológicos de los tejados

Sin perjuicio del interés que muchos municipios han mostrado en expandir el uso de energía solar en edificios, ciertas ciudades se han planteado una cuestión más general: ¿cuál es el uso óptimo de los tejados desde el punto de vista del cambio climático? Las tres opciones más frecuentes son los techos reflectantes o techos fríos[27], las placas solares y los tejados o cubiertas vegetales.

Como está sucediendo también en países europeos, en Norteamérica se está experimentando con ordenanzas que requieren o facilitan la instalación de usos sostenibles en los tejados. El problema, sin embargo, es que los motivos que justifican la elección de uno u otro tipo de tejado no están siempre muy claros, ni en las normas que imponen la obligación de instalar dichos tejados ni en los informes técnicos en los que se basan[28].

26. Pueden consultarse los detalles de esta iniciativa en un informe elaborado por el departamento de medio ambiente del Ayuntamiento de San Francisco titulado *Protecting Solar Access*, publicado en diciembre de 2012.

27. Este tipo de tejados están recubiertos de una pintura reflectante que reduce la absorción de energía térmica de origen solar.

28. Este tipo de ordenanza muchas veces se justifica de forma un tanto genérica, apuntando a la necesidad de adoptar medidas para combatir el cambio climático, sin concretar

Este hecho explica que algunas ciudades hayan adoptado una trayectoria un tanto errática en este ámbito. En San Francisco, por ejemplo, el primer paso fue aprobar una ordenanza que exigía que los edificios construidos a partir de una determinada fecha tuvieran un 15 % de la superficie del tejado cubierta por placas solares. Meses más tarde, siguiendo las recomendaciones de un informe técnico, el consistorio modificó la ordenanza para permitir que, como opción alternativa, los edificios contaran con un tejado vegetal que ocupara el 30 % de la superficie del tejado. En Toronto, Canadá, existe una ordenanza similar que exige la instalación de cubiertas vegetales únicamente en edificios de titularidad privada de nueva construcción. Sorprendentemente, otra ordenanza de la misma ciudad obliga a que los edificios de titularidad pública instalen paneles solares. Y, para complicarlo más aún, se permite que los edificios industriales elijan entre cubiertas vegetales y techos fríos. En Nueva York existe una situación similar. Los nuevos edificios deben contar con techos reflectantes y, al mismo tiempo, se está intentando expandir el uso de placas solares.

Si la adopción de un enfoque unitario para los tejados en una misma ciudad es una tarea de gran complejidad, más lejos aún estamos de dar con una fórmula que pueda adaptarse a todos los municipios. La literatura técnica y científica en la materia sugiere que pueden existir variaciones muy importantes a la hora de determinar cuál es el uso óptimo de los tejados en distintos municipios[29]. El clima es lógicamente un factor determinante. En zonas soleadas, los tejados reflectantes y las placas solares suelen ser opciones preferibles. La presencia de contaminación, sin embargo, puede justificar el uso de tejados vegetales, puesto que tienen la capacidad de reducir la concentración de determinados contaminantes, incluyendo gases de efecto invernadero. Debe tenerse en cuenta, también, que estas opciones no son siempre incompatibles. Combinar cubiertas vegetales con instalaciones solares puede ser muy ventajoso, puesto que la disminución de temperatura que los tejados vegetales llevan aparejada contribuye a incrementar la producción eléctrica de las placas solares[30].

por qué se elige una de las posibles soluciones y no otra. Véase, por ejemplo, D. Banting y otros, *Report on the Environmental Benefits and Costs of Green Roof Technology for the City of Toronto*, 2005, pp. i-iv.

29. Este tema se aborda en profundidad en F. Salamanca, "Citywide Impacts of Cool Roof and Rooftop Solar Photovoltaic Deployment on Near-Surface Air Temperature and Cooling Energy Demand", *Boundary-Layer Meteorol*, vol. 161, 2016, pp. 203-221.

30. N. Garrison y C. Horowitz, *Looking Up: How Green Roofs and Cool Roofs Can Reduce Energy Use, Address Climate Change, and Protect Water Resources in Southern California*, 2012, p. 14.

5
Medidas locales relativas al cambio climático en otros ámbitos: recuperación de suelos contaminados

Las políticas medioambientales orientadas a incentivar y exigir la limpieza de suelos contaminados en Estados Unidos fueron impulsadas por el Gobierno federal en la década de los 80, a raíz de la aprobación de la Ley comúnmente conocida como CERCLA, por sus siglas en inglés[31]. Aunque algunos estados ya lo habían hecho con anterioridad, la mayoría de ellos han ido adoptando su propia legislación en la materia. El enfoque que ha seguido esta legislación es de carácter bifronte. Por una parte, se habilita a agencias medioambientales estatales y locales para que exijan la descontaminación de suelos a los responsables de la contaminación, y por otra, se aprueban normas para incentivar que promotores inmobiliarios descontaminen y desarrollen este tipo de parcelas. Recientemente, las actuaciones orientadas a promover la recuperación de suelos contaminados y su posterior construcción han empezado a incorporar medidas para la lucha contra el cambio climático.

El ejemplo paradigmático de este tipo de iniciativa en el ámbito local es el Programa de Limpieza de Suelos Contaminados de la Ciudad de Nueva York ("Voluntary Cleanup Program", en lo sucesivo, VCP)[32]. Uno de los principales objetivos del VCP es que promotores inmobiliarios adquieran terrenos situados en la propia ciudad, en vez de dirigirse a zonas periféricas con menor riesgo de contaminación. Según varios estudios, el desarrollo urbanístico de estas parcelas lleva aparejada una importante reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, especialmente cuando estos terrenos son usados con fines residenciales[33]. Dada su ubicación más céntrica, las viviendas construidas en la parcela contaminada estarán más próximas

31. Para una explicación de los principios básicos que rigen la legislación federal americana de suelos contaminados, véase L. Inaraja Vera, "Compelled Costs Under CERCLA: Incompatible Remedies, Joint and Several Liability, and Tort Law", *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 17, 2015, pp. 396-399.

32. Los detalles esenciales relativos al funcionamiento de este programa pueden consultarse en http://www.nyc.gov/html/oer/html/voluntary-cleanup-program/vcp.shtml.

33. Por ejemplo, Center for Clean Air Policy, *CCAP Transportation Emissions Guidebook, Part One: Land Use, Transit & Travel Demand Management*, 2007, pp. 18 y ss. Este estudio, a su vez, hace referencia a otros que han llegado a conclusiones similares, elaborados por el *Institute of Urban and Regional Development* de la Universidad de California-Berkeley y la Agencia de Protección Medioambiental de los Estados Unidos (comúnmente conocida como "EPA").

a las destinaciones de interés de sus ocupantes. Ello supone que la distancia de los trayectos que estos trabajadores tendrán que realizar será menor y, además, será más sencillo que utilicen medios de transporte que generen menores emisiones –como el transporte público o la bicicleta–.

Además de este objetivo de carácter general, el VCP cuenta con medidas específicas para conseguir que el proceso de descontaminación se realice de una forma que reduzca tanto la generación de gases de efecto invernadero como las consecuencias del cambio climático. En primer lugar, el VCP está asociado a un mecanismo que pone en contacto a promotores inmobiliarios que disponen de un excedente de tierras limpias de excavación con otros que necesitan sustrato no contaminado[34]. Esta opción evita que este sustrato limpio se transporte a un vertedero o zona de almacenamiento situado en la periferia, para luego ser posteriormente transportado de nuevo dentro de la ciudad para su uso. En definitiva, esta iniciativa limita las emisiones de gases de efecto invernadero asociadas al transporte de tierras para uso en la construcción.

Adicionalmente, el VCP incluye una serie de ayudas económicas a los promotores que desarrollen terrenos contaminados. Para lo que aquí interesa, la subvención recibida se incrementa en el caso de que la parcela esté ubicada en una zona inundable. La finalidad de esta medida es conseguir que las zonas inundables contaminadas se descontaminen y desarrollen con mayor rapidez, evitando así que las tormentas y huracanes causados o intensificados por el cambio climático faciliten la propagación de contaminantes.

6
Conclusión

Las principales conclusiones que pueden extraerse de las experiencias de municipios americanos en la lucha contra el cambio climático son cinco. Primero, muchos municipios y otras entidades locales de ese país están asumiendo un papel cada vez más importante en la lucha contra el cambio climático. Segundo, las medidas de adaptación, especialmente en zonas costeras, van a tener que contar con el apoyo económico de estados y Gobierno federal. Tercero, la clave para la reducción de gases de efecto invernadero a nivel municipal pasa por abordar el problema de la ineficiencia energética

34. Este sistema de intercambio se conoce como “Clean Soil Bank”. Para más información puede consultarse la siguiente dirección electrónica: http://www.nyc.gov/html/oer/html/nyc-clean-soil-bank/nyc-clean-soil-bank.shtml

de edificios existentes. Cuarto, la expansión de la energía solar en zonas urbanas es más viable cuando se permite el autoconsumo compartido y se protege el derecho de los propietarios de inmuebles con instalaciones solares a recibir luz solar directa. Y, por último, las actuaciones para afrontar el cambio climático en el ámbito municipal pueden incorporarse a otras iniciativas locales de tipo medioambiental, como las de recuperación de suelos contaminados.

QDL46

V. Contaminación y tratamiento del agua

La creciente importancia de la reutilización de las aguas residuales urbanas en un entorno de escasez hídrica

M. Asunción Torres López
Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada

1. **La creciente importancia de la reutilización de las aguas ante la escasez hídrica**
2. **Concepto y marco jurídico de la reutilización de las aguas**
   - 2.1. Los conceptos
   - 2.2. Aspectos esenciales de la regulación específica de la reutilización
   - 2.3. El coste de la reutilización: un problema no resuelto
3. **Responsabilidades del municipio en la reutilización de las aguas**
4. **El interés de la Unión Europea por la reutilización de las aguas: propuestas normativas**
5. **Conclusión: el coste de no regenerar**

Resumen

Uno de los retos más importantes de la sociedad actual es afrontar la denominada escasez hídrica. Entre otros aspectos, la realidad muestra la ruptura del equilibrio entre demanda y disponibilidad de agua en muchos lugares, junto con un empeoramiento de la calidad del agua. En este estudio se analiza una de las técnicas que, en su justa medida, puede servir a este propósito, esto es, la reutilización

de las aguas residuales urbanas, teniendo en cuenta, esencialmente, el respeto y la minimización de los daños ambientales. El análisis de esta técnica de gestión y de planificación hidrológica centrada en el ámbito de la Administración local y las actuaciones locales para su aplicación, no está exento de problemas, a los que se trata de dar respuesta, así como aportar soluciones que permitan la generalización de su uso.

Palabras clave: *aguas residuales; depuración; regeneración; reutilización; coste; mercado; protección ambiental*.

The growing significance of recycling urban waste water in a context of water scarcity

Abstract

One of the most important challenges of our society is to face the scarcity of water. Inter alia, the reality shows the breakdown of the balance between the supply and the demand of water in many places, altogether with the deterioration of the quality of the water. In this article, I study the techniques to overcome these difficulties, that is, recycling urban waste water to minimize environmental damages. However, the development of this technique and, in general, water planning at the local level, present several difficulties that the article pursues to solve.

Keywords: waste waters; water purification; regeneration; recycling; cost; market; environmental protection.

1
La creciente importancia de la reutilización de las aguas ante la escasez hídrica

El progresivo aumento de la contaminación derivado de diversos agentes, tales como el incremento –a veces desmesurado– del consumo y la excesiva industrialización y crecimiento urbano, ha provocado que nuestro derecho de aguas dé un giro absoluto en cuanto a la configuración de nuevas formas de gestión de los recursos hídricos, con una clara finalidad que es la de afrontar uno de los retos más importantes a los que se enfrenta la sociedad

actual: la escasez hídrica[1]. Cuando hablamos de escasez hídrica y de sequía, observamos que no existen unos conceptos únicos y universales; el Observatorio Nacional de la Sequía se refiere a la sequía como una anomalía temporal de precipitación o caudal natural, la cual puede dar lugar o no a una situación de insuficiencia en los recursos del agua, que dependerá del nivel de demanda de agua en un lugar concreto y de las circunstancias de explotación del recurso. Y esto nos lleva al concepto de escasez hídrica, que supone una situación permanente de déficit en relación con las demandas de agua en un lugar determinado, siendo las causas muy diversas, tanto naturales como también consecuencia de la acción humana[2].

Lo cierto es que el equilibrio entre demanda y disponibilidad de agua ha quebrado en muchos lugares y a ello se une, además, un empeoramiento de la calidad del agua. El problema de la escasez hídrica es la falta de agua limpia para un consumo adecuado, sea humano o animal, o bien para cualquier otro de carácter ambiental. El cambio climático y el desarrollo urbano son factores, junto con la sequía, que influyen negativamente en los recursos hídricos. La Agencia Europea de Medio Ambiente, tras el análisis de la

1. En este sentido, lo expone el profesor López Menudo, destacando la casi desaparición de los problemas de un derecho de aguas tradicional y referidos a la defensa y producción de energía eléctrica, la pesca, etc., para pasar a un "derecho de la escasez de agua" que tiene como objetivos, entre otros, los trasvases, la planificación hidrológica, acuíferos sobreexplotados, etc. Véase en su artículo "Las aguas", *RAP*, núm. 200, 2016, pág. 254.

2. El Observatorio Nacional de la Sequía es una iniciativa del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, con la finalidad de que todas las Administraciones hidráulicas con competencias en materia de aguas trabajen al unísono como centro de conocimiento para combatir los efectos de la sequía: http://www.mapama.gob.es

Embid Irujo se refiere a la necesidad de precisiones conceptuales de sequías e inundaciones a los efectos de describir con precisión estos fenómenos y articular las medidas de prevención o reacción adecuadas. Véase su trabajo "Aproximación a una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 37, 2017, págs. 8 y ss. del artículo. Se refiere a la distinción entre sequía y escasez de agua que hace la Comisión Europea en su Comunicación de 2007 y que lleva a considerar que España se encuentra en una situación de permanente escasez de agua, al menos en algunas partes del territorio [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea*, COM (2007) 414 final, 18.7.2007].

Véase también Brufao Curiel, P., "El régimen jurídico de las sequías: crítica a la regulación extraordinaria y urgente de un fenómeno natural y cíclico propio del clima", *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, págs. 199 y ss., donde se refiere a los distintos conceptos de sequía, señalando el "acuerdo científico sobre su carácter propio y recurrente en el clima".

situación de los recursos hídricos en Europa, pone de manifiesto esta problemática de la escasez de agua y la sequía e insiste en que es necesario un cambio esencial en la gestión del recurso[3].

La lucha contra el cambio climático se ha convertido en una constante en las políticas de protección ambiental, y ha desembocado en la adopción de medidas por parte de los Gobiernos, tendentes a paliar o evitar los efectos del mismo. Precisamente, los recursos hídricos, como consecuencia del denominado cambio climático, se verán afectados por el aumento de la temperatura y la disminución de precipitaciones, lo que se traduce en una disminución de la disponibilidad hídrica en general, de ahí la importancia del tratamiento que deba hacerse por parte del Gobierno y de la Administración pública de las técnicas de gestión de los recursos hídricos[4], en el bien entendido de que nos encontramos no solo ante un recurso esencial para la vida, sino ante un verdadero derecho, el derecho humano al agua[5]. Un derecho que se ve amenazado por estas variaciones climáticas que implican abordar nuevos riesgos climáticos[6]. En España se adoptó como marco de referencia en 2006 el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático,

3. En su informe "Los recursos de agua en Europa: cómo hacer frente a la escasez de agua y la sequía" (2010), publicación disponible en http://www.mapama.gob.es, en la sección "Calidad y Evaluación Ambiental".

4. El Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático fue elaborado por la Oficina Española de Cambio Climático y adoptado por el Consejo de Ministros en 2006. Se desarrolla a través de tres programas de trabajo, adoptados en 2006 el primero, en 2009 el segundo y en 2013 el tercero. El seguimiento de estos programas se lleva a cabo a través de informes elaborados respectivamente en 2008, 2011 y 2014. Publicaciones disponibles en el portal del Ministerio: http://www.mapama.gob.es

Véase González Ríos, I., "Incidencia del cambio climático en los recursos hídricos. Medidas de mitigación y adaptación", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra. 11, 2009, págs. 325 y ss.

5. Véase, entre otros, Montoro Chiner, M.ª J., "Agua, derecho y cambio climático", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, 2009, págs. 227 y ss., quien afirma que el cambio climático es un fenómeno que incide sobre el agua, los recursos hídricos, su existencia y su distribución. Y que un derecho al agua nunca será efectivo como tal si la organización política, la organización territorial o la distribución de competencias dificultan la utilización del recurso, para usos vitales y humanos, allí donde fuese necesario (pág. 229).

En general, véase también Embid Irujo, A., *El derecho al agua*, Thomson-Aranzadi, 2006.

6. Es del todo oportuno e interesante el estudio realizado por Embid Irujo sobre una "Aproximación a una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos", *op. cit.*, y el tratamiento de las sequías e inundaciones como riesgos climáticos y la forma de afrontarlos.

con el fin de establecer una coordinación entre las Administraciones públicas en las actividades de evaluación de impactos, vulnerabilidad y adaptación al cambio climático en España, considerando el sector del agua de alta prioridad e incluyéndose en el primer programa de trabajo la evaluación del impacto del cambio climático sobre los recursos hídricos y las masas de agua[7]. En el tercer informe de seguimiento de este Plan, publicado en 2014, se pone de manifiesto el análisis integral realizado para evaluar los efectos del cambio climático sobre cuatro aspectos concretos:

1. los recursos hídricos en régimen natural;
2. las demandas de agua (urbanas y de regadío);
3. los sistemas de explotación de los recursos hídricos; y
4. el estado ecológico de las masas de agua.

Merece la pena hacer una somera referencia a los resultados de este estudio y que ponen sobre la mesa la necesidad de aplicar una mejor gestión de los recursos hídricos para paliar las consecuencias del cambio climático. Así, respecto de los recursos hídricos en régimen natural, se aprecia una reducción generalizada y creciente. Respecto de las demandas de agua (usos domésticos, parques y jardines y regadíos), crece la demanda doméstica a corto-medio plazo (2011-2040) un 2 %, y a largo plazo (2041-2070) un 3 %; con una previsión a largo plazo de aumento de la demanda centrada más en las zonas interiores de la Península que en las zonas costeras. En cuanto a los sistemas de explotación de los recursos hídricos, se detecta una tendencia generalizada a la reducción del recurso disponible, aunque no puede establecerse un mismo patrón de comportamiento general para todas las demarcaciones.

En este contexto, la gestión de los recursos hídricos debe integrar como una prioridad la variable cambio climático y explotar técnicas que permitan mantener el buen estado cuantitativo y cualitativo del recurso, siendo una de ellas la reutilización de las aguas residuales.

También la Unión Europea ha abordado con preocupación esta problemática, poniendo de manifiesto la evidencia del cambio climático y dise-

7. Exponentes de estos riesgos son las sequías y las inundaciones, a las que se ha referido Delgado Piqueras, F., "La irrupción del cambio climático en el derecho europeo de aguas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 11, 2009, págs. 267 y ss., quien señala que los desequilibrios hídricos se ven afectados por determinadas lacras, entre las que destaca la ineficaz tarificación de los servicios y obras hidráulicas, la elusión de la normativa sobre contaminación y otras, el desorden en el uso del territorio por parte de las construcciones y demás actividades humanas y, por último, las carencias de información científica.

ñando el camino de adaptación de la política hidráulica europea al cambio climático. El objetivo de la política europea en materia de aguas es asegurar el acceso al recurso en condiciones de buena calidad y de suficiente cantidad para todos los ciudadanos europeos; las políticas y acciones deben encaminarse a prevenir y mitigar la escasez hídrica y las situaciones de sequía. En este sentido se adopta la Comunicación de la Comisión Europea *Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea*, en la que se proponen directrices para afrontar los riesgos derivados de la escasez hídrica y la sequía y que afectan a: la tarificación del agua, la asignación del agua, la prevención de la sequía, las alternativas al suministro del agua, y las soluciones informativas y tecnológicas de alta calidad que abordan la escasez del agua y las sequías. Junto a ello, se señalan como puntos clave para corregir los efectos de estos riesgos: la plena aplicación de la Directiva Marco del Agua en cuanto a la adecuada gestión de los recursos hídricos; la adaptación de las políticas nacionales de tarificación del agua; la planificación de los usos del suelo; la promoción de medidas de ahorro de agua; y la necesidad de actuar de manera integrada y científica[8].

Si bien, a efectos del contenido de este artículo, interesa destacar, entre las medidas propuestas, aquellas insertas en el contexto de la disponibilidad de agua ante la escasez hídrica y la protección ambiental. En concreto, que las nuevas infraestructuras para abastecimiento de agua, tales como las captaciones, los trasvases y la desalación, se realicen siempre y cuando se hayan aplicado todas las medidas preventivas, de ahorro y uso eficiente[9], siendo una de ellas la reutilización de las aguas residuales urbanas.

Efectivamente, ante la escasez de agua, los trasvases son una buena opción de política hidráulica para combatir la escasez hídrica; sin embargo, es una técnica discutible y que tiene tanto defensores como detractores, y, desde luego, sería una técnica a adoptar cuando realmente sea necesario, lo

8. Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea* [COM(2007) 414 final, de 18.7.2007]. Completada por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa* [COM(2012) 673 final, de 14.11.2012]. En esa se pone especial énfasis en las grandes pérdidas económicas que tanto las sequías como la escasez de agua pueden provocar en los principales sectores que consumen este recurso, así como en que también pueden provocar importantes impactos ambientales, tales como la pérdida de biodiversidad, el empeoramiento de la calidad del agua, el deterioro y la desaparición de humedales, la erosión del suelo, la degradación de los terrenos y la desertificación.

9. Véase Delgado Piqueras, F., *op. cit.*, pág. 275.

que implica que antes deben agotarse otras posibles soluciones, como puede ser la desalación o también la reutilización de las aguas[10]. Por otra parte, deben ser analizados los impactos al medio ambiente derivados del uso de estas técnicas, para las que se exige la oportuna evaluación ambiental estratégica[11]. En este sentido, la Agencia Europea de Medio Ambiente destaca el incremento del uso de medidas alternativas más sostenibles, tales como la reutilización de aguas residuales depuradas y la reutilización de aguas grises, al considerar los impactos ambientales negativos de los métodos tradicionales empleados para el suministro de agua, los embalses, los trasvases y la desalinización[12].

La reutilización de las aguas residuales es un instrumento de gestión y de planificación hidrológica con importantes beneficios ambientales y so-

10. Sobre el estudio y la problemática de los trasvases hay una importante literatura jurídica; entre otras, la obra de Martín-Retortillo Baquer, S., y sus trabajos en materia de derecho de aguas, destacando *Aspectos jurídicos del trasvase del Ebro*, Caja de Ahorros de La Inmaculada, Zaragoza, 1975; Fanlo Loras, A., *El trasvase Tajo-Segura y su instrumentación jurídica*, Civitas, 2008; Melgarejo Moreno, J., Molina Giménez, A. y Villar García, A. del, *El valor socioeconómico del Trasvase Tajo-Segura: análisis jurídico y económico ante la hipótesis de su reducción o cancelación*, Fundación Coepa para la formación, 2009; Melgarejo Moreno, J., *El trasvase Tajo-Segura: repercusiones económicas, sociales y ambientales en la cuenca del Segura*, Caja de Ahorros del Mediterráneo, 2009; Gallego Córcoles, I., "Derecho al agua, ¿derecho al trasvase?", en Menéndez Rexach, Á., Marcos Fernández, A. de y López Cárcamo, Z. (coord.), *Planificación y gestión del agua ante el cambio climático: experiencias comparadas y el caso de Madrid*, Wolters Kluwer, 2012, págs. 189 y ss.

Sobre los efectos nocivos para el medio ambiente de los trasvases, se señalan, entre otros, la pérdida de agua por evaporación y filtración desde los canales durante el transporte del agua; la pérdida del caudal, quedando los hábitats también afectados; además, se consume una gran cantidad de energía para evaporar el agua y se liberan residuos sólidos o líquidos; es un instrumento que permite hacer llegar el agua a zonas de escasez hídrica, pero esa alteración de la naturaleza tiene consecuencias muy nocivas para el medio ambiente, por lo que la solución no está en los trasvases si se pretende hacer efectiva la política de protección ambiental.

11. Véase Félix Utrera-Caro, S., "Agua, trasvases y medio ambiente. Los aspectos ambientales de los trasvases", *REDA*, núm. 157, 2013; Quintana López, T., "La evaluación ambiental de los trasvases y sus actuaciones", en Fanlo Loras, A. (coord.), *La ordenación jurídica del trasvase Tajo-Segura*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2008, págs. 331 y ss.; y Molina Giménez, A., "Derecho de los trasvases en España", *Diario La Ley*, núm. 7366, 2010.

12. Informe de la Agencia Europea de Medio Ambiente *Los recursos de agua en Europa: cómo hacer frente a la escasez de agua y la sequía*, edición española, accesible en http://www.mapama.gob.es

ciales; una medida sobre la que existen estudios doctrinales desde el punto de vista jurídico, pero, sobre todo, técnico; pero es una medida que está alcanzando mayor relevancia en los últimos años, y nuestra intención es poner de manifiesto su importancia desde el punto de vista de la protección ambiental y centrada en el ámbito de la Administración local, sobre la base del marco jurídico específico en el que se enmarca y las actuaciones locales para su aplicación[13].

Todo ello tiene su sentido en el contexto de la sostenibilidad ambiental en relación con este recurso esencial que es el agua y el reconocimiento del "derecho humano al agua" presente en numerosos documentos internacionales, siendo uno de los hitos más importantes el reconocimiento expreso por la Asamblea General de Naciones Unidas del derecho humano al agua y al saneamiento; y que implica el derecho a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, asequible para uso personal y doméstico[14]. Además, con

13. Así, entre otros estudios, Embid Irujo, A., "Reutilización y desalación de aguas: aspectos jurídicos", en Embid Irujo, A. (coord.), *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Civitas, 2000, págs. 113 y ss.; Melgarejo Moreno, J. y López Ortiz, M.ª I., "Depuración y reutilización de aguas en España", *Agua y Territorio*, núm. 8, 2016, págs. 22 y ss.; Molina Giménez, A., "Aproximación al régimen jurídico de la reutilización de aguas regeneradas en España", *Agua y Territorio*, núm. 8, 2016, págs. 36 y ss.; Caro-Patón Carmona, I., "La reutilización del agua en España. Críticas al sistema vigente y propuestas de reforma", en *Derecho de Aguas*, Instituto Euromediterráneo del Agua, 2006, págs. 221 y ss.; Marina Jalbo, B., "Régimen jurídico de la reutilización de aguas regeneradas", *Justicia Administrativa*, núm. 42, 2009, págs. 5 y ss.; Navarro Caballero, T. M.ª, "Cuestiones jurídico-ambientales de la reutilización de aguas regeneradas", en Embid Irujo, A. (coord.), *Agua y Ciudades*, Civitas, 2012, págs. 389 y ss.; también de esta misma autora destacar el libro que coordina *Reutilización de aguas regeneradas: aspectos tecnológicos y jurídicos*, Instituto Euromediterráneo del Agua, 2010; Setuáin Mendía, B., "El régimen general de la reutilización de aguas regeneradas a la luz de su normativa específica: acordes y desacuerdos", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010; Mata, J., "Las tecnologías de membrana al servicio de la depuración y la reutilización del agua", en Montoro Chiner, M.ª J. (coord.), *El agua: estudios interdisciplinares*, Atelier, 2009, págs. 127 y ss.; y Pulido Carrillo, J. L., "Aplicaciones y aspectos técnicos de la reutilización del agua residual", *Revista de Estudios Locales*, núm. Extra 1, 2001, págs. 374 y ss.

14. Resolución de Naciones Unidas 64/292 sobre el reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento, de 28 de julio de 2010. En el ámbito internacional, la gestión integral del agua se incluye en la política internacional.

Véase Ortega Giménez, A. y López Álvarez, A., "El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido", en Benito López, M. Á. (dir.), Melgarejo Moreno, J., Molina Giménez, A. y Ortega Giménez, A. (coords.), *Agua y Derecho. Retos para el siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, págs. 37 y ss., donde se hace

la reutilización aumenta la disponibilidad de los recursos hídricos, al permitir el uso del agua ya utilizada[15].

2
Concepto y marco jurídico de la reutilización de las aguas

El texto vigente de la Ley de Aguas dispone, en su artículo 109, que corresponde al Gobierno determinar las condiciones básicas de la reutilización y precisar la calidad exigible a las aguas regeneradas según los usos previstos, y que corresponde al titular de la concesión sufragar los costes necesarios para tratar el agua y obtener el nivel de calidad exigido[16]. Por su parte, el Real Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, que desarrolla el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas, determina los requisitos para llevar a cabo la utilización de aguas regeneradas; establece los procedimientos para los títulos habilitantes; recoge los criterios de calidad, los usos previstos y los usos prohibidos, y los contratos de cesión. Junto a esta normativa, los planes hidrológicos también incluyen una regulación, si bien, con una eficacia limitada al ámbito territorial propio, y ante la ausencia de desarrollo reglamentario, las normas de los planes hidrológicos tienen un carácter sustitutivo[17].

referencia a diversos documentos internacionales en los que se reconoce el derecho humano al agua; y se establece como conclusión esencial que el agua es un requisito para que el resto de derechos puedan ser ejercitados, exigencia principal de una vida digna.

15. Véase Melgarejo Moreno, J., *op. cit.*, pág. 23, refiriéndose a las ventajas de la reutilización frente a otros recursos alternativos, tales como ser un recurso estable, y tener un menor coste económico.

16. La primera referencia a la reutilización de las aguas aparece en la Ley 29/1985, de Aguas; hasta ese momento no había referencia legislativa concreta a la reutilización de las aguas residuales.

17. Así, por ejemplo, el Plan hidrológico del Segura (PHDS) establece que las peticiones de reutilización de los municipios para usos municipales de aguas procedentes de las depuradoras de sus núcleos urbanos se tramitarán por simple autorización, sin competencia de proyectos. Véase Hernández López, S. M., "El nuevo régimen de la reutilización de las aguas depuradas: en especial las novedades en el nuevo Plan Hidrológico de la Demarcación del Segura", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 2, 2014, pág. 17. Como señala la autora, lo que se pretende es favorecer a las entidades locales para la reutilización de sus propias aguas depuradas frente a posibles interesados.

2.1 Los conceptos

Cuestión previa a la referencia a las cuestiones más relevantes del régimen jurídico de la reutilización es el propio concepto de reutilización de las aguas residuales, y dónde se incluye dentro del denominado ciclo integral del agua, que abordamos de un modo puntual a continuación.

La reutilización de las aguas residuales hace referencia al uso directo o planificado de los efluentes que proceden de una utilización previa del agua y antes de que retorne al cauce público o al mar. La reutilización supone la captación de aguas residuales depuradas antes de su retorno al medio con el fin de ser utilizadas de nuevo. El concepto legal establecido en el Reglamento define la reutilización como la aplicación, antes de su devolución al dominio público hidráulico y al marítimo terrestre para un nuevo uso privativo de las aguas que, habiendo sido utilizadas por quien las derivó, se han sometido al proceso o procesos de depuración establecidos en la correspondiente autorización de vertido y a los necesarios para alcanzar la calidad requerida en función de los usos a que se van a destinar[18]. Por otra parte, la reutilización se sitúa en el ámbito de las aguas residuales depuradas y se asocia en mayor medida a las aguas residuales urbanas[19].

Esto nos lleva a precisar brevemente cuáles son las fases esenciales del uso integral del agua, entendido como el proceso que abarca desde la captación del agua en las fuentes naturales o artificiales hasta su depuración o reutilización[20]. Básicamente las tres fases siguientes[21]:

18. Artículo 2 a) Real Decreto 1620/2007.

19. Véase Erruz i Seall, J., "Reutilización de las aguas residuales urbanas", en Embid Irujo, A. (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, 2007, pág. 857. Precisa el autor que es en el agua residual urbana donde es más fácil cumplir con las exigencias de cantidad, regularidad, homogeneidad y compatibilidad cualitativa para satisfacer determinadas demandas con un agua de este origen.

20. Caro-Patón se refiere al ciclo integral del agua de modo más preciso: desde una perspectiva vertical incluye los servicios de aducción y captación de aguas (pluviales y freáticas también), suministro domiciliario, alcantarillado, saneamiento, depuración y reutilización; y, desde la perspectiva horizontal, incluye las actividades de ingeniería, construcción de instalaciones y gestión de los servicios. Caro-Patón, I., "Sobre la regulación de los servicios urbanos del agua", en *Agua y Derecho…*, *op. cit.*, pág. 420.

21. Véase Carbonell Talavera, J., "Suministro de agua potable y saneamiento en España", en *Agua y Derecho…*, *op. cit.*, pág. 80. En la misma obra también Bonete, A., "El agua es un derecho de todas las personas, un bien no tan corriente", págs. 437 y ss.

1. Abastecimiento: desde la captación del agua, el tratamiento de esta para su consumo humano, finalizando en las acometidas y contadores de las viviendas.
2. Saneamiento: el agua ya ha sido usada y debe ser evacuada desde las zonas urbanas y devuelta al medio natural en condiciones de calidad óptimas tras el oportuno proceso de depuración.
3. Reutilización: uso del agua depurada para otros fines, sin ser retornada al medio natural, tras el oportuno proceso de regeneración.

A los efectos, entre otros, de definir las responsabilidades de los sujetos intervinientes en las distintas fases, desde la perspectiva de los parámetros de calidad requeridos tanto en las aguas depuradas como en las aguas regeneradas, conviene también precisar los siguientes conceptos:

1. Aguas depuradas y estaciones de depuración: el saneamiento se realiza en las estaciones de depuración de aguas residuales (EDAR). Una vez saneadas, las aguas depuradas se devuelven al medio natural. Para ello se exige al titular la oportuna autorización de vertido[22].
2. Si las aguas van a ser reutilizadas, se exige que sean sometidas a un tratamiento secundario o terciario avanzado, con el fin de alcanzar los índices de calidad que correspondan al uso al que se van a destinar. Para ello, en primer lugar, las aguas depuradas deben entregarse en un lugar físico o en una instalación para su reutilización (ERA); en segundo lugar, estas aguas depuradas sometidas a tratamiento son las aguas regeneradas que serán reutilizadas después para el uso previsto; de modo que, en tercer lugar, estas aguas deben ser entregadas en el lugar físico, concreto, para su uso.

En síntesis, el proceso incorpora otros conceptos: desde la estación depuradora de aguas residuales, el titular de la autorización de vertido debe entregar las aguas depuradas en el denominado punto de entrega de aguas depuradas al titular de la concesión o autorización de reutilización, para su tratamiento en la estación regeneradora de aguas; las aguas regeneradas son entregadas en el denominado punto de entrega de aguas regeneradas con los parámetros de calidad exigidos por el uso previsto. En todo momento se deben mantener los niveles de calidad requeridos para el agua depurada y los requeridos para el agua regenerada. Ello plantea quién es el respon-

22. Resolución del organismo de cuenca por la que se autoriza al titular del vertido a verter en las condiciones establecidas en la misma.

sable del mantenimiento de estos niveles de calidad del agua, como vemos en el siguiente apartado.

La reutilización de las aguas es posible, no solo por las complejas técnicas, cada vez más avanzadas tecnológicamente, que permiten la regeneración de las aguas residuales y un nuevo recurso para ser destinado a un nuevo uso; es importante también que exista un adecuado conocimiento e información de la ciudadanía, y que sea esta quien exija a los poderes públicos que se cumplan las condiciones de seguridad, calidad y sostenibilidad financiera que hagan posible la reutilización.

2.2 Aspectos esenciales de la regulación específica de la reutilización

Los aspectos esenciales de la regulación específica en materia de reutilización giran en torno a la determinación de la calidad del agua regenerada, los usos y usos prohibidos, los requisitos para reutilizar y los procedimientos y las responsabilidades, en un marco en el que las competencias de las distintas Administraciones públicas deben ejercerse desde la coordinación. La Administración estatal regula los usos, las calidades, los procedimientos de la reutilización; la Administración hidráulica otorga los títulos habilitantes de reutilización y ejerce sus competencias de inspección y control; la Administración sanitaria interviene en relación con los requisitos de calidad de las aguas emitiendo informe vinculante. Junto a ello, la competencia municipal en materia de abastecimiento y saneamiento de aguas, siendo difícil, como pone de manifiesto algún autor, abordar el tema de la autoridad de los servicios urbanos del agua[23].

En cualquier caso, dada la importancia de la reutilización como instrumento para afrontar las situaciones de escasez hídrica y cumplir con los objetivos ambientales de la Directiva Marco del Agua[24], al margen de que

23. En este sentido, Caro-Patón, *op. cit.*, nota 18, pág. 424, refiriéndose a la normativa de régimen local, que establece la competencia municipal propia del abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales; pero en cuanto a la depuración, al no ser un servicio obligatorio mínimo, las leyes autonómicas pueden establecer quién es la autoridad responsable del tratamiento de aguas residuales.

24. El artículo 4 de la Directiva Marco del Agua (Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2000/60/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas) establece los objetivos medioambientales, distinguiendo: a) aguas superficiales: aplicación de medidas para la prevención del deterioro del estado de todas las masas de agua superficial, salvo que el deterioro se deba a causas naturales o de

la legislación debe ser más precisa y flexible, todas las Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, han de fomentar la reutilización de las aguas para usos de interés particular, el fomento de la iniciativa privada; así como determinar en qué casos procede exigir una actuación pública que se dirija, entre otros fines, a la asignación de usos, o la imputación de costes.

Tres aspectos de la regulación: los títulos habilitantes, los usos y los parámetros de calidad exigidos.

La reutilización de las aguas depuradas exige la disposición de un título habilitante que será distinto en función de quien lo solicite. Se exige, con carácter general, una concesión administrativa, salvo que la solicitud sea presentada por el titular de una autorización de vertido de aguas residuales, que solo requerirá una autorización administrativa complementaria[25]. Se

fuerza mayor excepcionales; medidas para la protección, mejora y regeneración de las masas de agua superficial; medidas de protección y mejora de las masas de agua artificiales y muy modificadas para lograr el adecuado potencial ecológico y buen estado químico de las masas de agua superficiales en un plazo de quince años; medidas para reducir la contaminación; b) aguas subterráneas: medidas para evitar o limitar la entrada de contaminantes y evitar su deterioro; medidas de protección, mejora y regeneración de las masas de agua subterránea con el fin de garantizar el equilibrio entre la extracción y la alimentación de dichas aguas y alcanzar un buen estado; medidas para invertir toda tendencia significativa y sostenida al aumento de la concentración de cualquier contaminante debido a las repercusiones de la actividad humana, con el fin de reducir progresivamente la contaminación de estas aguas; c) zonas protegidas: se establece el mismo plazo de los quince años para que los Estados miembros cumplan con todas las normas y objetivos, salvo que se establezca cosa distinta en el acto legislativo comunitario en virtud del cual se haya declarado cada una de las zonas protegidas.

Se precisa el concepto de masa de agua superficial artificial o muy modificada, pudiendo ser así calificada: a) en los casos en los que los cambios de las características hidromorfológicas de dicha masa que sean necesarios para lograr su buen estado ecológico impliquen considerables repercusiones negativas, entre otros, en el entorno en general, la navegación o la regulación del agua; o b) cuando los beneficios derivados de las características artificiales o modificadas de la masa de agua no puedan alcanzarse debido a las posibilidades técnicas o a costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor.

25. Se trata de una autorización complementaria a la autorización de vertido de la que ya se es titular y en la que se establecen los requisitos y las condiciones para llevar a cabo la reutilización del agua. En los casos en los que se solicite una autorización de vertido con el propósito de reutilizar las aguas residuales, la autorización de reutilización se condiciona al otorgamiento de la autorización de vertido. La solicitud se dirige al organismo de cuenca competente por razón del territorio y en los lugares referidos en el artículo 16

establece también un criterio de preferencia de reutilización a favor del titular del vertido.

El solicitante debe presentar un proyecto de reutilización de aguas con la documentación correspondiente, y una vez obtenida la concesión será el responsable del mantenimiento de la calidad de las aguas y de su control, desde el momento en que las aguas depuradas entran en el punto de entrega de las aguas depuradas hasta el punto de entrega de las aguas regeneradas; mientras que el usuario del agua regenerada será el responsable de evitar el deterioro de su calidad desde el punto de entrega del agua regenerada hasta los lugares de uso.

Respecto de los procedimientos, si el solicitante es concesionario para la primera utilización de las aguas el procedimiento se tramita sin competencia de proyectos, debiendo presentar un proyecto de reutilización en el que se identifique el origen y la localización geográfica de los puntos de entrega del agua depurada y regenerada; la caracterización del agua depurada; el volumen anual solicitado; el uso al que se va a destinar; las características de calidad del agua regenerada, así como también las medidas de control del riesgo en caso de que la calidad no sea la exigida, entre otros aspectos. En los casos en los que un tercero sea el solicitante, sin ser concesionario para primera utilización, ni titular de la autorización de vertido, se sigue el procedimiento general establecido en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

En todo este proceso es imprescindible la actuación de la Administración sanitaria, que debe emitir informe acerca de la calidad de las aguas, siendo este informe de carácter vinculante.

En cuanto a los usos y criterios de calidad, se determinan catorce calidades de agua regenerada agrupadas en cinco tipos de uso: urbano, agrícola, industrial, recreativo y ambiental[26]. Y se establece también la prohibición de ciertos usos tales como el uso para el consumo humano, la industria alimentaria, uso en instalaciones hospitalarias, o como agua de baño.

---

de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (artículo 9 Real Decreto Reutilización).

26. En el Anexo I.A del Real Decreto se establecen los usos. Como ejemplo, se prevén siete usos agrícolas: riego de cultivos para consumo en fresco; riego de cultivos para consumo no en fresco; riego de pastos; acuicultura; cultivos leñosos; flores ornamentales, viveros e invernaderos; y riego de cultivos industriales no alimentarios. Y se prevén tres tipos de calidad según consumo de producto elaborado o en crudo. Como usos urbanos se prevén: riego de zonas verdes urbanas (parques, campos deportivos y similares); baldeo de calles; sistemas contra incendios; lavado industrial de vehículos; y usos residenciales. Y también el riego de campos de golf como uso recreativo.

La prohibición de este tipo de usos no se basa en la imposibilidad de destino a los mismos de las aguas regeneradas, sino en las mayores exigencias en los niveles de calidad y en unos mayores controles sanitarios, al afectar a la salud. Ello, además, se traduce en un mayor coste económico y, por tanto, en una gran dificultad para asumir este reto, teniendo presente la problemática de la recuperación de los costes de la reutilización no resuelta por la legislación, más aún si el destino a estos otros usos supone un incremento de la inversión. Por otra parte, se agudiza el problema de la aceptación por parte del ciudadano de un consumo de agua potable procedente de la reutilización, para lo que es imprescindible que la Administración pública emprenda campañas de información y concienciación para su uso normal.

2.3
El coste de la reutilización: un problema no resuelto

Uno de los principales problemas no resueltos por la regulación es precisamente el de los costes que implica la reutilización, y la falta de incentivo para la misma. Las tarifas de los servicios del agua se limitan a la oferta de agua potable y al tratamiento de aguas residuales, excluyendo otras actividades, y pocas veces se consideran los costes ambientales o los costes de los recursos[27].

En la actividad de regeneración de las aguas, el coste derivado de la reutilización corresponde sufragarlo al titular de la concesión/autorización de reutilización; si bien en la práctica se imputa a las entidades públicas, incluso a los municipios titulares de las estaciones de depuración. En la actualidad se observa que la normativa ha devenido insuficiente y deja sin regular aspectos tan cruciales como la financiación del sistema y la recuperación de los costes, cuestión no resuelta, al quedar excluidas del régimen económico-financiero del artículo 111 bis TRLA las concesiones de agua regenerada. Este precepto, en aplicación del principio de recuperación de costes, impone a las Administraciones públicas competentes la obligación de establecer los mecanismos más adecuados para repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en los diferentes usuarios finales; y regula dife-

27. Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *Informe sobre la revisión de la política europea de lucha contra la escasez y la sequía*, COM/2012/0672 final.

rentes cánones de utilización del dominio público hidráulico, por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica, de control de vertidos, y finalmente el canon de regulación y tarifa de utilización del agua. Sin embargo, no se refiere a las aguas regeneradas.

Es, pues imprescindible que se establezca un adecuado modelo de financiación que fomente la reutilización de las aguas. El canon de control de vertido que regula la Ley de Aguas se destina al estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica, siendo sujetos pasivos de este canon quienes lleven a cabo el vertido, y es independiente de los cánones o tasas que puedan establecer las comunidades autónomas o las entidades locales para financiar las obras de saneamiento y depuración[28]. Se trata de un canon que grava el vertido al dominio público hidráulico, de manera que si no hay vertido, sino reutilización con concesión, el titular de la autorización de vertido no pagaría el canon de control de vertido. Se puede plantear el establecimiento de un nuevo canon por reutilización en el que se incluya el coste ambiental, precisando con claridad y proporcionalidad a quién o quiénes correspondería sufragarlo. En este sentido, el Plan Nacional de Reutilización de Aguas 2010-2015 incluye entre sus objetivos la necesidad de establecer un modelo de financiación que sea lo suficientemente ágil y dinámico para fomentar el desarrollo de las actuaciones de reutilización de aguas regeneradas, del cual aún no se dispone[29]. En todo caso, los costes derivados de la reutilización y generados por esta han de ser transparentes, y deben distinguirse los distintos tipos de coste: ambientales, de infraestructura, tratamientos aplicados, costes de personal, etc.[30]. Por otra parte, los precios del agua no son homogéneos, ya que se exigen diferentes cánones autonómicos, dando lugar a que las tarifas de agua sean muy diversas en las comunidades autónomas y en

28. Artículo 113 TRLA.

Véase, entre otros estudios, Casado Casado, L., "El régimen jurídico de los vertidos en aguas continentales: nuevas perspectivas", en Montoro Chiner, M.ª J. (coord.), *op. cit.*, págs. 175 y ss. De esta misma autora, *Los vertidos en aguas continentales: las técnicas de intervención administrativa*, Comares, 2004. Véase también López-Vivié Palencia, A., "El canon de control de vertidos en la reforma de la Ley de Aguas", en Embid Irujo, A. (coord.), *La reforma…*, *op. cit.*, págs. 385 y ss.

29. *Plan Nacional de Reutilización de Aguas 2010-2015*, accesible en http://mapama.gob.es, sección "Calidad y Evaluación Ambiental".

30. Véase Caro-Patón Carmona, I., "El precio del servicio público del agua", en Cuétara Martínez, J. M. de la, Martínez López-Muñiz, J. L. y Villar Rojas, F. J. (coord.), *Derecho administrativo y regulación económica*, La Ley, 2011, págs. 1423 y ss.

las ciudades[31]. En todo caso, debe contribuir al coste de la reutilización el usuario final de las aguas regeneradas y no el usuario urbano de agua potable[32].

Por otra parte, una estación de regeneración implica una serie de instalaciones con costes de inversión muy elevados. El titular de la concesión o autorización es responsable de conseguir el agua regenerada con los índices de calidad exigidos para el uso previsto, y de su mantenimiento; unas condiciones muy duras que pueden no ser rentables para la iniciativa privada. Por ello es necesario buscar nuevos incentivos, y uno de ellos es el de incorporar las aguas regeneradas a un sistema de mercado[33]. El Reglamento de reutilización regula en el artículo 6 los contratos de cesión de derechos sobre aguas regeneradas en el marco de lo dispuesto en los artículos 67 y 68 TRLA. Básicamente, permite que los titulares de la concesión de reutilización y los titulares de la autorización complementaria para la reutilización de las aguas suscriban contratos de cesión de derechos de uso de agua a cambio de una contraprestación económica. Ello condicionado a que el volumen anual susceptible de cesión no sea superior al que figure en la concesión o autorización; y al cumplimiento de los criterios de calidad en relación con los usos a que se destinen los caudales cedidos.

31. Los costes derivados de la depuración y reutilización no son homogéneos; como pone de manifiesto Melgarejo Moreno, *op cit.*, pág. 33, los costes dependen de varios factores, entre los que señala: el tipo de agua a depurar, pues según cuál sea su origen, serán distintos los contaminantes que deban eliminarse, y de ellos dependerá también el tipo de tratamiento a aplicar; o el uso previsto, pues a cada uno le corresponde el cumplimiento de determinadas calidades.

32. Tal y como manifiesta Molina Giménez en su trabajo "Aproximación al régimen jurídico de la reutilización…", *op. cit.*, pág. 40.

33. Véase Molina Giménez, A., *op. cit.*, pág. 44.

Embid Irujo destaca el recurso a las técnicas propias del mercado de derecho de aguas, y que la sequía ha justificado en España la creación por el Gobierno de los centros de intercambio de derechos de uso de agua en los organismos de cuenca, o también la suscripción de contratos de cesión de derechos de uso del agua entre usuarios de forma más flexible que la establecida en la normativa de aplicación general sobre el mercado del agua; véase "Aproximación a una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos", *op. cit.*, pág. 18.

3
Responsabilidades del municipio en la reutilización de las aguas

Los servicios urbanos del agua son servicios públicos básicos y que deben ser regulados y garantizados por la Administración pública. En este ámbito son muchos los reguladores municipales responsables del abastecimiento, saneamiento y depuración, lo que nos lleva a precisar, al menos, cuáles son los compromisos que los municipios pueden asumir para un uso y gestión sostenible del agua.

Una competencia tradicional de los municipios es la referida a los servicios de abastecimiento de agua potable y depuración de aguas residuales[34]; la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, da una nueva redacción a las competencias municipales propias, incluyendo:

- el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales;
- en materia de urbanismo, el 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. Conservación y rehabilitación de la edificación; y
- en materia de medio ambiente urbano, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas[35].

El uso sostenible de los recursos hídricos permite que los ayuntamientos aprueben las correspondientes ordenanzas sobre el uso y gestión sostenible del agua, sobre la base de lo dispuesto en la Directiva Marco del Agua, la legislación estatal y autonómica, y en uso de su competencia en materia de protección ambiental, entendiendo que el uso racional del agua entra dentro de la protección del medio ambiente y del desarrollo sostenible. En este sentido, a través de esta ordenanza, el ayuntamiento puede asumir compromisos para adoptar diversas medidas que tiendan, de un lado, a la reducción del consumo de agua por los usuarios y al ahorro; y, de otro lado,

34. Artículo 25.2.l LRBRL.

35. La Ley de Bases del Régimen Local reconoce la competencia de los municipios sobre los servicios de suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales (art. 25.2.l), en el marco de lo establecido por la legislación del Estado y de las comunidades autónomas.

al fomento y regulación de la utilización de recursos hídricos alternativos para usos que no requieran agua potable. Junto a ello, también le corresponde concienciar y sensibilizar a la ciudadanía sobre el uso racional del agua y el uso de las aguas regeneradas.

De acuerdo con la normativa específica en materia de reutilización, el municipio puede concretar[36]:

- Qué se entiende por recursos hídricos alternativos, esto es, aprovechamientos de agua regenerada procedente de las estaciones depuradoras del sistema de saneamiento de la ciudad.
- Cuáles son los usos previstos, esto es, agrícolas, industriales, ambientales, etc., siendo imprescindible que la Administración hidráulica solicite el informe vinculante a la autoridad sanitaria.
- Qué usos están prohibidos.
- En qué casos es obligatorio el uso de aguas regeneradas, como por ejemplo en los lugares con accesibilidad a la red municipal, actual y futura de agua regenerada, siempre que el órgano ambiental lo autorice.
- Satisfacer el derecho a la información ciudadana.

Por otra parte, es recomendable que se integre el ahorro del agua en una normativa más general que recoja los objetivos de la edificación sostenible, de manera que la mayor parte de la regulación de la ordenanza también se incorpore a las normas urbanísticas[37].

Los compromisos de la Administración local no deben quedarse en las medidas de fomento del ahorro y el uso de recursos hídricos alternativos, sino, esencialmente, en recurrir, siempre que sea posible técnica y económicamente, al uso de aguas regeneradas, estableciendo obligaciones

36. Real Decreto Reutilización.

37. Puede preverse, en este tipo de ordenanzas, el fomento del uso de recursos hídricos alternativos en el planeamiento urbanístico. Así, en la Ordenanza de Gestión y Uso Eficiente del Agua en la Ciudad de Madrid, de 31 de mayo de 2006 (accesible desde el portal web del Ayuntamiento de Madrid), cuyo artículo 7 prevé que, con carácter general, los instrumentos de planeamiento de desarrollo contengan medidas para la utilización de estos recursos hídricos alternativos, y que deberán recoger asimismo las instalaciones necesarias para abastecerse de la red municipal de reutilización de aguas en los usos previstos, salvo justificación técnica o económica, en caso contrario.

Respecto del riego de los campos de golf, se establece la obligatoriedad de realizar el riego de las zonas verdes de las instalaciones destinadas a la práctica de este deporte con agua regenerada, siempre que exista disponibilidad de este recurso a través de la red municipal de agua regenerada, y/o mediante sistemas de aprovechamiento de aguas pluviales u otros recursos hídricos alternativos al agua de la red de abastecimiento.

de uso dentro de los usos permitidos. Sin embargo, el problema se agrava debido al incumplimiento de las obligaciones en materia de depuración de aguas, con una ineficiente gestión y explotación de los sistemas de depuración de las aguas residuales en muchos casos; o también la existencia de vertidos incontrolados en los colectores municipales, que impiden la depuración de las aguas y por tanto también dificultan la regeneración[38]. Como hemos indicado, la autorización de vertido es esencial para poder realizar la reutilización de las aguas residuales urbanas, y los vertidos deben cumplir con los niveles de calidad requeridos y con un buen funcionamiento de la estación de depuración de las aguas. La solución a estos problemas requiere una buena gobernanza de las autoridades competentes en la ejecución de sus competencias y esencialmente de las de control y de inspección, que evitaría los incumplimientos reiterados de la normativa en materia de depuración y saneamiento de aguas residuales.

4
El interés de la Unión Europea por la reutilización de las aguas: propuestas normativas

La Unión Europea considera como una de sus principales prioridades en el sector del agua la reutilización, al tratarse de un recurso con un menor impacto ambiental que otras alternativas como la desalinización o los trasvases. Así lo expresa en su Comunicación de 2012 *Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa*, poniendo énfasis en la necesidad de disponer de normas comunes en materia de medio ambiente y sanidad para la reutilización. Y arroja el claro objetivo de adoptar el instrumento más idóneo para fomentar la reutilización del agua, y un reglamento para establecer normas comunes, con el compromiso de presentar una propuesta en 2015 para garantizar el mantenimiento de un alto nivel de protección de la sani-

38. El Plan Nacional de Reutilización de Aguas describe claramente estos problemas a través de un diagnóstico de la reutilización de las aguas en España, con el claro objetivo de fomentar y extender la reutilización de las aguas, ya que la reutilización puede corregir los problemas de dotación para algunas actividades económicas, así como también evitar la degradación del dominio público hidráulico y la sobreexplotación de los acuíferos.

Puede verse la versión preliminar del Plan en http://www.mapama.gob.es, sección "Calidad y Evaluación Ambiental".

dad pública y del medio ambiente en la UE[39]. En 2015, la Comisión adopta un paquete sobre economía circular, entre cuyos objetivos se encuentra el fomento de la reutilización.

La Comisión, en su Informe de 2017 sobre la aplicación del plan de acción para la economía circular[40], incorpora las medidas que se han adoptado para el desarrollo de la reutilización del agua, entre las cuales se espera la aprobación de una normativa a nivel europeo, que todavía no llega. Lo único que se ha hecho es la adopción de ciertas directrices en el marco de la Estrategia Común de la Directiva Marco del Agua, en junio de 2016, con el objetivo de extender la reutilización del agua en la planificación y gestión del agua, teniendo en cuenta que es un instrumento para afrontar la escasez hídrica, e insistiendo en la reutilización del agua en la agricultura; y se desarrolla un primer borrador sobre las calidades mínimas para los usos de riego y recarga, y un último borrador en diciembre de 2016. Se pretende fomentar la reutilización, pero exigiendo unos niveles de calidad que permitan preservar la salud[41]. Comparando las exigencias que se introducen con nuestra normativa contenida en el Reglamento de 2007, observamos que las mayores exigencias en cuanto a determinadas calidades podrían suponer, si se incorporan a un instrumento normativo, un coste de inversión significativo para la adaptación de las instalaciones existentes.

En este sentido, las principales novedades se centran en una serie de aspectos, entre los que destacamos: el aumento de los niveles de exigencia en determinados parámetros y la adopción de medidas de gestión de riesgos basadas en la aprobación de planes de contingencia sanitaria, parecidos a los que se utilizan para las aguas potables; se pretende también que los tratamientos sean validados por agente externo, pero no se precisa a quién corresponde realizar las validaciones, de qué forma y con qué frecuencia; se exige la monitorización operacional de la planta, pero no se define claramente quién lleva a cabo la monitorización, si los técnicos de la planta o personal externo; se impone un mayor control del agua de entrada en la

39. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa* [Bruselas, 14.11.2012; COM(2012) 673 final].

40. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación del plan de acción para la economía circular [Bruselas, 26.1.2017; COM(2017) 33 final]. Véase la información al respecto en la web: http://ec.europa.eu/environment/water/reuse-actions.htm.

41. Los trabajos preparatorios fueron encargados por la Comisión al *Joint Research Center*: http://www.ec.europa.eu/jrc/en.

depuradora, lo que genera el problema del control de los vertidos indirectos a las redes de saneamiento que corresponde a los municipios, y precisamente uno de los problemas de la reutilización es el incumplimiento de los requisitos exigidos en la depuración previa de las aguas y control de vertidos; el borrador es más restrictivo en cuanto a las posibles desviaciones de la calidad requerida y que ahora se permiten por cuanto, siendo el tratamiento siempre el mismo, sin embargo el agua de entrada a la depuradora puede tener características diferentes, por lo que se admiten esas variaciones. En otro caso, deben reforzarse los sistemas de tratamiento, con un mayor coste económico, lo que repercutiría negativamente en el precio final del agua, que se vería incrementado.

Si bien este borrador ha generado cierta incertidumbre regulatoria, ante la ausencia de normas financieras que expresen el alcance del principio de recuperación de costes, que, precisamente, es uno de los aspectos de mayor importancia, en cualquier caso la iniciativa legislativa en el ámbito de la Unión Europea es positiva, y necesaria para dar coherencia al sistema de la reutilización, que las calidades exigidas sean comunes, con la finalidad de preservar bienes esenciales como la salud humana, al tiempo que generar también confianza entre la ciudadanía.

5
Conclusión: el coste de no regenerar

Existe una preocupación general y generalizada desde las distintas instancias regulatorias por afrontar el problema de la escasez hídrica, y una apuesta por el desarrollo y el fomento de la reutilización de las aguas. No obstante, algunos problemas tienen que ser resueltos por la regulación y la acción de los poderes públicos. Uno de los principales se refiere a los costes derivados de la reutilización, que pueden dar lugar a una falta de interés en la misma. Y otro es la falta de información a la ciudadanía del propio concepto de agua regenerada procedente de las aguas residuales, pero que dispone de los criterios de calidad y seguridad requeridos para los usos previstos. Es importante tomar como punto de referencia no los elevados costes de los tratamientos e instalaciones de reutilización, sino que la situación de escasez hídrica y de sequía de determinadas zonas, cada vez más amplias, traerá sin duda un coste más elevado para el medio ambiente, que puede dar lugar a situaciones de inseguridad en el abastecimiento de agua, de riego, o a un empeoramiento de la calidad del agua, el deterioro o la desaparición de humedales, la erosión del suelo o degradación de terrenos, entre otros

efectos; y ello dará lugar también a importantes pérdidas económicas para los sectores consumidores de este recurso. No tomar como referencia este análisis supone no tener presente el cambio climático y el necesario desarrollo sostenible de los recursos naturales.

Competencias y obligaciones de los entes locales para hacer frente a la contaminación de las aguas. Especial referencia a la actuación local en materia de vertidos

Lucía Casado Casado

Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rovira i Virgili y subdirectora del Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT)

1. **Introducción**
2. **Las competencias de los entes locales para prevenir y evitar la contaminación de las aguas. Especial referencia al saneamiento y a la depuración de aguas residuales**
3. **Los entes locales y los vertidos: la actuación local en materia de vertidos como instrumento clave para garantizar la protección de la calidad de las aguas**

    3.1. Los vertidos indirectos al dominio público hidráulico: las potestades administrativas de los entes locales sobre los vertidos realizados a sus redes de saneamiento

        3.1.1. La potestad normativa local para la aprobación de ordenanzas reguladoras de vertidos a sistemas de saneamiento locales

        3.1.2. Las competencias sobre los vertidos indirectos en aguas superficiales: los entes locales como sujetos autorizantes

        3.1.3. Las competencias sobre los vertidos indirectos en aguas superficiales: los entes locales como responsables del ejercicio de las potestades administrativas de control e inspección y la sancionadora

3.2. Los vertidos directos al dominio público hidráulico: la intervención y las obligaciones de los entes locales

3.2.1. La intervención de los entes locales en el procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones de vertido mediante un informe preceptivo

3.2.2. Los entes locales como sujetos autorizados en materia de vertidos: las obligaciones que les corresponden

3.2.2.1. La exigencia de autorización de vertido a los entes locales

3.2.2.2. Los requisitos específicos exigidos a las solicitudes de autorizaciones de vertido de los entes locales

3.2.2.2.1. La obligación por parte de las entidades locales de presentación del proyecto técnico de las obras e instalaciones de depuración en la declaración de vertido. Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo

3.2.2.2.2. Los contenidos obligatorios específicos de la declaración de vertido en el caso de solicitudes formuladas por entidades locales

3.2.2.3. Las obligaciones de los entes locales como sujeto autorizado y el control permanente de la Administración otorgante sobre los vertidos autorizados

3.2.2.4. Las consecuencias para los entes locales del incumplimiento de sus obligaciones en materia de vertidos. El ejercicio de la potestad sancionadora sobre los entes locales

Resumen

Las Administraciones locales carecen de competencias sustantivas de gestión sobre el dominio público hidráulico, pero tienen un gran protagonismo en este ámbito, como concesionarias y usuarias de las aguas y como prestadoras de los servicios relacionados con el agua (abastecimiento y saneamiento y depuración de aguas residuales). Por ello, juegan un papel decisivo en relación con la adecuada gestión y preservación de la calidad de las aguas y tienen responsabilidades importantes en materia de vertidos. A dichas cuestiones se refiere este trabajo, centrado en el examen de las competencias de las entidades locales para prevenir y evitar la contaminación de las aguas y, en particular, en el análisis de la actuación local en materia de vertidos, con referencia específica a las competencias de

los entes locales sobre los vertidos indirectos y a sus obligaciones en relación con los vertidos directos al dominio público hidráulico.

Palabras clave: *vertidos; aguas residuales; saneamiento; depuración; ordenanzas; sanciones administrativas*.

Powers and obligations of local entities to fight water pollution. Especial reference to waste management

Abstract

Local entities lack real management powers over public waters, but they have an active role in this area as water concessionaires and when they provide water services (supply, sanitation and purification of residual waters). Thus, local entities play a determinant role in relation to the adequate management and preservation of water quality and they have relevant obligations in the field of waste management. This article focuses on the powers of local entities over the prevention of water pollution and, particularly, over the analysis of the local action on waste and the powers on indirect and direct waste on public waters.

Keywords: discharges; waste water; sanitation; purification; local law; administrative sanctions.

1
Introducción

La contaminación de las aguas constituye uno de los principales problemas ambientales de nuestro entorno, de alcance planetario, siendo los vertidos una de sus principales causas. El control de los vertidos realizados a las aguas y el saneamiento de aguas residuales devienen fundamentales para preservar y mejorar el nivel cualitativo de las aguas. Sin embargo, el saneamiento constituye todavía un reto pendiente a nivel mundial[1]; y también requiere de mejoras sustanciales a nivel interno, por la necesi-

1. Según datos de Naciones Unidas, 2400 millones de personas carecen de acceso a servicios básicos de saneamiento; más del 80 % de las aguas residuales resultantes de las actividades humanas se vierten en ríos o en el mar sin que se eliminen los contaminantes; y cada día, cerca de 1000 niños mueren a causa de enfermedades diarreicas prevenibles

dad, todavía, de dar cumplimiento efectivo a la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas[2].

No debe extrañar, en este contexto, que los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que forman parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por la 70.ª Asamblea General de las Naciones Unidas durante la Cumbre de Desarrollo Sostenible de 2015, incluyan –concretamente, como objetivo número 6– el de "Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos". Son varias las metas que se fijan para 2030 con el fin de dar cumplimiento a este objetivo. Entre ellas, las de lograr el acceso equitativo a servicios de saneamiento e higiene adecuados para todos; mejorar la calidad del agua mediante la reducción de la contaminación, la eliminación del vertimiento y la reducción al mínimo de la descarga de materiales y productos químicos peligrosos, la reducción a la mitad del porcentaje de aguas residuales sin tratar y un aumento sustancial del reciclado y la reutilización en condiciones de seguridad a nivel mundial; proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua; ampliar la cooperación internacional y el apoyo prestado a los países en desarrollo para la creación de capacidad en actividades y programas relativos al agua y el saneamiento; y apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento.

En este ámbito, es evidente la importancia del papel a desempeñar por las entidades locales. La Administración local tiene un gran protagonismo en materia de gestión de las aguas, como concesionaria y usuaria de las aguas y como prestadora de los servicios relacionados con el agua (abaste-

relacionadas con el agua y el saneamiento (http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/ –última consulta, 30 de septiembre de 2017–).

2. Buena muestra de las dificultades que se plantean en España para dar cumplimiento efectivo a esta Directiva son las cinco sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han declarado el incumplimiento de la misma por parte de España: sentencias de 15 de mayo de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (asunto C-419/01); de 8 de septiembre de 2005 (Sala Tercera), *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (asunto C-416/02); de 19 de abril de 2007, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (asunto C-219/05); de 14 de abril de 2011, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (C-343/10); y de 10 de marzo de 2016, *Comisión Europea contra Reino de España* (C-38/15). Asimismo, las numerosas sanciones impuestas en este ámbito a Administraciones locales (*vid. infra* el apartado 3.2.2.4 de este trabajo).

cimiento y saneamiento y depuración de aguas residuales)[3]. En consecuencia, los entes locales están llamados a jugar un papel decisivo en relación con la adecuada gestión y preservación de la calidad de las aguas y tienen responsabilidades importantes en materia de vertidos[4]. Son dichas cuestiones las que centran nuestra atención en este trabajo.

2
Las competencias de los entes locales para prevenir y evitar la contaminación de las aguas. Especial referencia al saneamiento y a la depuración de aguas residuales

Tradicionalmente, los entes locales han ejercido competencias sobre las aguas y, en particular, sobre el control de la calidad de las aguas y los vertidos a sus sistemas de saneamiento[5]. En la actualidad, el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (en adelante, TRLA), y el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del dominio público hidráulico (en adelante, RDPH) silencian cualquier referencia en torno a las competencias de las entidades locales sobre la gestión del dominio público hidráulico y, en particular, sobre la titularidad del servicio público de saneamiento de aguas residuales, y no prejuzgan quién deba ser el titular de los servicios de saneamiento y depuración de aguas residuales[6]. Sin embargo, la obligación municipal de saneamiento puede derivarse, en estas normas, de la circunstancia de que las entidades locales son titulares del vertido final procedente de su alcantarillado que finalmente se realice a los cauces, y deben obtener la correspondiente autorización de vertido y asumir su depuración, en la medida en que esta autorización se vincula en el TRLA a su previa depuración.

3. Así lo advierte Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, "Las obligaciones de los entes locales en relación con la protección de la calidad de las aguas", en Embid Irujo, Antonio (dir.), *Agua y ciudades*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 428.

4. Así lo destaca Alonso García, Enrique, "La gestión del medio ambiente por las entidades locales", en Muñoz Machado, Santiago (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, Iustel, Madrid, p. 2504.

5. En este sentido, Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, "Las obligaciones…", cit., p. 431.

6. Fanlo Loras, Antonio, "Obras hidráulicas de saneamiento y depuración", en Embid Irujo, Antonio (dir.), *Las obras hidráulicas*, Civitas, Madrid, 1995, p. 150.

Ante el silencio del TRLA y del RDPH, es necesario acudir a la legislación de régimen local y a la normativa sectorial específica, con el fin de ver cómo se prevén las competencias locales en este ámbito.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL), tras su modificación por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local[7] (en adelante, LRSAL), establece, en su artículo 25.2, que el municipio ejercerá "en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas", las de "Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales" [apartado c)] y "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" [apartado b)]. El reconocimiento de estas competencias constituye únicamente un primer escalón en la definición de las competencias locales, toda vez que será necesaria su concreción de la mano del legislador sectorial. Las materias enumeradas en el artículo 25 LBRL no son en sí mismas un título competencial, sino un mandato dirigido al legislador, estatal y autonómico, para que determine, en este marco declarado de interés local, las competencias en que efectivamente se concretará.

El artículo 26.1 de la LBRL, por su parte, configura como servicio municipal de prestación obligatoria en todos los municipios el alcantarillado[8] [apartado a)] y, en los municipios con población superior a 50 000 habitantes, además, el medio ambiente urbano [apartado d)][9]. Y el artículo 26.2 de la LBRL incluye la evacuación y el tratamiento de aguas residuales –también el abastecimiento de agua potable a domicilio– entre los servicios

7. Sobre las competencias de los entes locales en materia de medio ambiente en la LBRL tras su modificación por la LRSAL, *vid.* Casado Casado, Lucía, "Las competencias ambientales de las entidades locales: luces y sombras tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 32, dedicado a Homenaje a D. Ramón Martín Mateo (III), 2015, pp. 201-283.

8. Nótese que únicamente el alcantarillado se configura como servicio municipal de prestación obligatoria. No así el tratamiento de aguas residuales.

9. Tratándose de servicios municipales de prestación obligatoria, a los vecinos asiste, de acuerdo con el artículo 18.1.g) de la LBRL, el derecho a exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio. *Vid.* Embid Irujo, Antonio, "El derecho a los servicios de agua potable y saneamiento", en Embid Irujo, Antonio y Domínguez Serrano, Judith (dirs.), *La calidad de las aguas y su regulación jurídica (Un estudio comparado de la situación en España y México)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 70-71.

que la diputación provincial o entidad equivalente coordinará en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes. Para coordinar la citada prestación de servicios, la diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas[10]. Cuando el municipio justifique ante la diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la diputación lo considera acreditado. Cuando la diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la diputación o entidad equivalente, será a esta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios.

Finalmente, el artículo 86.2 de la LBRL declara la reserva en favor de las entidades locales de la depuración de aguas[11] –también del abastecimiento domiciliario–[12].

Por su parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, únicamente contiene una parca previsión en su artículo 42.3.a), que establece como responsabilidad mínima de los ayuntamientos en relación con el obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones públicas, el "Control sanitario

10. El artículo 26.2 de la LBRL, tras su modificación por la LRSAL, preveía que la diputación debía proponer al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación del servicio, y que "Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la comunidad autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera". Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 111/2016, de 9 de junio (ponente: Antonio Narváez Rodríguez), ha declarado inconstitucional este inciso.

11. Nótese la diferente terminología utilizada para referirse a las competencias locales, a los servicios municipales de prestación obligatoria, a los servicios cuya prestación será objeto de coordinación por la diputación provincial y a los servicios esenciales reservados a favor de las entidades locales en los artículos 25.2 ("evacuación y tratamiento de aguas residuales"), 26.1 ("alcantarillado"), 26.2 ("evacuación y tratamiento de aguas residuales") y 86.2 de la LBRL ("depuración de aguas").

12. Sobre la reserva en favor de las entidades locales de la depuración de aguas, *vid.* Setuáin Mendía, Beatriz, *El saneamiento de aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 357-371.

del medio ambiente: Contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales".

Ante el silencio del TRLA y la vaguedad de los términos utilizados por la Ley General de Sanidad, el legislador autonómico ha desempeñado un papel fundamental en la delimitación de las competencias que corresponden a las entidades locales en materia de vertidos. Así, son las diversas normas autonómicas reguladoras del saneamiento y depuración de aguas residuales y de los vertidos de aguas residuales a sistemas de saneamiento las que han procedido a definir los respectivos ámbitos de actuación autonómico y local en esta materia. Esta deferencia al legislador autonómico de la concreta definición de las competencias municipales en materia de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales dificulta en la práctica la existencia de un modelo uniforme aplicable a todos los municipios, ya que las diversas leyes autonómicas han ido introduciendo peculiaridades y matices al respecto. No obstante, pueden extraerse algunos elementos comunes a todas estas normas que pueden ayudarnos en la tarea de delimitación de las competencias municipales en esta materia. Entre estos elementos debe destacarse, sin duda, que las competencias municipales se centran en el tradicional servicio de alcantarillado, a la par que se constata la insuficiencia del ámbito municipal para la prestación del servicio de tratamiento y depuración de aguas residuales, dado el marcado carácter supramunicipal del problema[13]. Así, el grueso de competencias locales en materia de saneamiento y depuración de aguas residuales recae sobre el tradicional servicio público de alcantarillado, de obligatoria prestación en todos los municipios, en tanto que el tratamiento y la depuración (la recuperación de aguas residuales para su posterior vertido en condiciones de calidad al dominio público hidráulico), por la infraestructura requerida y su alto coste y por el evidente interés supramunicipal implicado, abren un amplio espacio para la intervención de las comunidades autónomas[14]. No obstante, los municipios siguen teniendo importantes competencias en materia de saneamiento y depuración[15].

13. Como pone de manifiesto Embid Irujo, Antonio, "El derecho…", cit., p. 65, "la legislación de las comunidades autónomas puede atribuir (autoatribuirse, diríamos con entera propiedad) a las mismas competencias, sobre todo en el caso en el que por la necesaria construcción de infraestructuras para proveer dichos servicios se superen los estrictos intereses municipales".

14. *Vid.* Embid Irujo, Antonio, "Los servicios públicos del agua: su problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 9, 1996, p. 51.

15. Así lo advierte Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, "Las obligaciones…", cit., p. 434, al señalar que, "Por un lado, son los titulares de los sistemas colectores y

Por otra parte, no puede ocultarse el impacto en esta materia de la Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, incorporada en nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, desarrollado mediante el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo. Esta Directiva obliga a someter las aguas residuales a diferentes tipos de tratamientos, más o menos rigurosos, en diferentes plazos, utilizando como criterios básicos para fijar estas obligaciones el del número de habitantes-equivalentes y el de las aglomeraciones urbanas, con el objeto de conseguir que en el año 2005 todos los Estados miembros dispongan de un sistema de depuración efectivo de sus aguas residuales. Para ello, fija entre las obligaciones de los Estados miembros, en relación con las aguas residuales urbanas, el establecimiento de sistemas colectores que recojan y conduzcan las aguas residuales urbanas a las estaciones depuradoras de aguas residuales, y el tratamiento de los vertidos de aguas residuales urbanas antes de su acceso al medio. Como aspecto más reseñable, debe destacarse, sin duda, la ampliación de las competencias a desempeñar por los municipios, ya sea a título individual, agrupados, o con el concurso de la Administración supramunicipal. Efectivamente, si de acuerdo con la LBRL no se cuestiona el carácter de servicio mínimo obligatorio de titularidad municipal del alcantarillado, así reconocido de manera expresa, no sucede lo mismo con el tratamiento y depuración de las aguas residuales, que, aunque situado en la órbita de las competencias municipales, no se configura expresamente como servicio de prestación obligatoria para los municipios –si bien en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes se hace recaer sobre la diputación provincial la coordinación de los servicios de evacuación y tratamiento de aguas residuales–. Ahora bien, la configuración de las "aglomeraciones urbanas" como entidades locales confirma la naturaleza local del servicio de saneamiento, independientemente de que este servicio lo realicen los propios municipios, constituidos como aglomeración urbana, o, lo que será más frecuente, un "ente público representativo de los municipios", cuyo ámbito territorial será fijado por las comunidades autónomas. Ello implica que las obligaciones de

alcantarillado a los que van a parar las aguas residuales y por lo tanto, los competentes para autorizar los vertidos que a tales conductos pueden realizarse. Por otro lado, en la mayoría de los casos la titularidad de las EDAR corresponde a los municipios o a las agrupaciones de municipios (mancomunidades). En consecuencia, los municipios tienen importantes competencias en materia de preservación de la calidad de las aguas a través del saneamiento y de la depuración de las aguas residuales urbanas".

saneamiento establecidas por la Directiva 91/271/CEE quedan en manos de la Administración local[16].

En todo caso, lo cierto es que, en el marco del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva comunitaria, el tratamiento y recuperación de aguas residuales constituye un servicio obligatorio a prestar por las entidades locales. Por influencia directa del derecho de la Unión Europea y a pesar de no estar reconocido así en la LBRL (excepto que lo entendamos incluido en el servicio de protección del medio ambiente urbano que deben prestar los municipios de más de 50 000 habitantes), el tratamiento y depuración de aguas residuales ha pasado a ser un servicio local obligatorio. Así lo confirma la jurisprudencia. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada), en la Sentencia de 20 de octubre de 2014, afirma lo siguiente:

> *[…] es responsabilidad de las corporaciones locales el proveer a todas las aglomeraciones urbanas situadas en su municipio del preceptivo sistema de evacuación de aguas residuales, siendo la corporación local la titular del servicio y de la autorización y en este sentido debemos recordar que la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, establece dos obligaciones claramente diferenciadas, en primer lugar, las "aglomeraciones urbanas" deberán disponer, según los casos, de sistemas colectores para la recogida y conducción de las aguas residuales y, en segundo lugar, se prevén distintos tratamientos a los que deberán someterse dichas aguas antes de su vertido a las aguas continentales o marítimas, siendo responsabilidad de los municipios el proveer de dichos sistemas de evacuación*[17].

Ahora bien, el carácter de servicio público local debe entenderse sin perjuicio de las atribuciones que puedan corresponder a las comunidades autónomas, de acuerdo con la legislación autonómica (por ejemplo, arbitrar fórmulas de cooperación y coordinación en los casos en que las aglomeraciones urbanas no coincidan con los municipios; introducción del canon de

16. Sin perjuicio de que, como advierte Embid Irujo, Antonio, "El derecho…", cit., p. 73, "puede haber supuestos de supramunicipalidad, que supongan un pase a las comunidades autónomas de la obligación de prestación de dichos servicios".

17. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) de 20 de octubre de 2014 (Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ponente: Antonio Manuel de la Oliva Vázquez), FJ 4.º. En la misma línea, *vid.,* también, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) de 13 de febrero de 2012 (Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, ponente: Beatriz Galindo Sacristán), FJ 3.º.

saneamiento como medio de financiación de la explotación y mantenimiento de las estaciones depuradoras de aguas residuales; aprobación de planes autonómicos de saneamiento y depuración…), e incluso al propio Estado (intervención para la financiación de las infraestructuras). Aun siendo un servicio público local, el saneamiento y la depuración constituyen una materia cuya problemática trasciende el ámbito de un municipio o, incluso, el de una comunidad autónoma. Por otra parte, no puede ocultarse el extraordinario coste que implica la construcción y explotación y mantenimiento de estos servicios, así como la tradicional insuficiencia de medios técnicos y económicos de la que adolecen muchas Administraciones locales. Estas circunstancias son las que justifican el ejercicio de competencias por parte de las comunidades autónomas en esta materia, en el marco de su propia legislación de saneamiento.

Las competencias de que disponen los entes locales en materia de abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas residuales y que acabamos de examinar son las que justifican su intervención en relación con la protección de la calidad de las aguas[18].

3
Los entes locales y los vertidos: la actuación local en materia de vertidos como instrumento clave para garantizar la protección de la calidad de las aguas

Los vertidos[19] se someten, en nuestro ordenamiento jurídico, a autorización administrativa (autorización de vertido), que constituye el eje central sobre el cual gravita la intervención administrativa sobre los vertidos. Por la forma de realización, los vertidos pueden clasificarse en directos e indirectos. De acuerdo con el artículo 245.1 del RDPH, constituyen vertidos directos "la emisión directa de contaminantes a las aguas continentales o a cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, así como la descarga de contaminantes en el agua subterránea mediante inyección sin percolación a través del suelo o del subsuelo"; y vertidos indirectos "tanto los realizados en aguas superficiales a través de azarbes, redes de colectores de recogida

18. Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, "Las obligaciones…", cit., p. 433.

19. El TRLA utiliza un concepto amplio de "vertido" y considera como tales "los que se realicen directa o indirectamente en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada" (art. 100.1 TRLA).

de aguas residuales o de aguas pluviales o por cualquier otro medio de desagüe, o a cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, así como los realizados en aguas subterráneas mediante filtración a través del suelo o del subsuelo". La intervención de los entes locales en materia de vertidos es diferente según se trate de vertidos indirectos o vertidos directos al dominio público hidráulico.

3.1
Los vertidos indirectos al dominio público hidráulico: las potestades administrativas de los entes locales sobre los vertidos realizados a sus redes de saneamiento

La intervención local sobre los vertidos pivota sobre el control de los vertidos realizados a redes de saneamiento local, ámbito en el que se centran la mayor parte de competencias locales sobre vertidos. Estas competencias, concretadas en la normativa reguladora del saneamiento y la depuración[20], se centran, fundamentalmente, en el ejercicio de potestades administrativas orientadas a la intervención de la actividad de los ciudadanos, en general, y de los titulares de vertidos realizados a sistema de saneamiento, en particular, justificadas en la titularidad del servicio de alcantarillado y de tratamiento de aguas residuales[21], para garantizar el correcto funcionamiento de estos servicios, así como la realización del vertido final de que son titulares y

20. *Vid.*, a nivel estatal, la normativa reguladora del tratamiento de las aguas residuales urbanas (Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de aguas residuales urbanas; y Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, que lo desarrolla). Téngase en cuenta también que muchas comunidades autónomas disponen de normativa específica en esta materia. En efecto, en ejercicio de sus competencias, han aprobado normativa específica en materia de aguas, si disponen de cuencas intracomunitarias (por ejemplo, Cataluña o Canarias); de saneamiento y depuración de aguas residuales, en base a otros títulos competenciales diferentes al de aguas, que les han permitido ampliar su esfera de intervención –ordenación del territorio, sanidad, protección del medio ambiente, proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos y obras públicas de interés regional–; y, más recientemente, normas cuyo objeto específico es regular los vertidos a sistema de saneamiento. Sobre la normativa reguladora del saneamiento, tanto a nivel estatal como autonómico, *vid.* Setuáin Mendía, Beatriz, *El saneamiento…*, cit., pp. 136-247.

21. Sobre las competencias municipales en materia de control de vertidos, *vid.* Casado Casado, Lucía, *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativa*, Comares, Granada, 2004, pp. 57-63; Fanlo Loras, Antonio, "Dominio público hidráulico y saneamiento de aguas residuales", en Esteve Pardo, José (coord.), *Derecho*

que debe ser autorizado por la Administración hidráulica en las condiciones exigidas con arreglo a la normativa vigente. Como ha puesto de manifiesto Fanlo Loras, cuando el titular de una autorización de vertido es una entidad local, "la institución de los correspondientes servicios públicos locales constituye la causa de atribución al ente titular de una potestad de policía administrativa para garantizar el correcto funcionamiento de los servicios […] de alcantarillado y tratamiento y vertido de las aguas residuales que tiene su origen en la […] autorización demanial de la que es titular la entidad local"[22]. Disponen, por tanto, los entes locales de importantes potestades administrativas derivadas de la protección de la calidad de los recursos hídricos, en particular, en relación con el control de los vertidos que se efectúen a sus instalaciones[23]. En estas coordenadas debemos situar la potestad reglamentaria para la aprobación de ordenanzas reguladoras de los vertidos de aguas residuales, además de otras potestades, como las de planificación y programación, tributaria y financiera, autorizatoria, de control e inspección o sancionadora. A algunas de ellas nos referimos a continuación.

3.1.1 La potestad normativa local para la aprobación de ordenanzas reguladoras de vertidos a sistemas de saneamiento locales

La potestad de ordenanza local en materia de vertidos y uso de las redes de alcantarillado, colectores y demás infraestructuras de saneamiento cobra una importancia fundamental, como instrumento de protección de la calidad de las aguas y como medio de control de los vertidos realizados a sistema de saneamiento local. Lasagabaster Herrarte ha advertido que "El municipio está obligado a dictar unas normas sobre vertidos al servicio de alcantarillado o colectores ya que él mismo es titular de esa autorización de vertido a cauce público. Si esta última le exige determinada calidad de los vertidos, el ayuntamiento estará obligado a su vez a controlar los vertidos que se hacen a su sistema, sea alcantarillado o colector. Si así no se actúa, el ayuntamiento puede encontrarse con que recibe vertidos en su colector que después no puede verter a cauce, al no tener medios técnicos para depurarlos o ser muy costoso. De aquí la necesidad de controlar los vertidos a colector

del Medio Ambiente y Administración Local, Civitas, Madrid, 1996, pp. 335-339; y Setuáin Mendía, Beatriz, *El saneamiento…*, cit., pp. 391-427.

22. Fanlo Loras, Antonio, "Dominio…", cit., p. 308.
23. Ibídem, p. 309.

y su regulación en la correspondiente norma municipal"[24]. Las ordenanzas se convierten, pues, en un eficaz instrumento para el control de los vertidos. Su aprobación y puesta en práctica y el rigor con que se apliquen, constituyen ejes fundamentales para el control efectivo de los numerosos vertidos que anualmente se efectúan en las redes de alcantarillado u otras instalaciones locales de saneamiento.

Estas ordenanzas son aprobadas, en unos casos, por los municipios. En otros, por otras entidades de carácter supramunicipal, habida cuenta de las competencias que en esta materia ostentan otras entidades locales diferentes a los municipios, tales como provincias, comarcas, mancomunidades, entidades metropolitanas… En algunos casos, incluso, se han aprobado ordenanzas tipo por parte de las comunidades autónomas o las Administraciones locales supramunicipales para facilitar a los entes locales su labor normativa. A través de estas ordenanzas, las entidades locales podrán precisar las condiciones de los vertidos que se efectúen en la red de alcantarillado, sistemas colectores y/o instalaciones de tratamiento y depuración de aguas residuales; fijar niveles de emisión de sustancias contaminantes; regular las autorizaciones de vertido a sistema de saneamiento y el ejercicio de las funciones de inspección y control; e, incluso, introducir algunas previsiones en relación con las infracciones y sanciones administrativas en esta materia[25].

24. Lasagabaster Herrarte, Iñaki, "Aguas", en la obra por él dirigida *Derecho Ambiental*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2001, p. 216.

25. Con relación a la potestad de ordenanza municipal en este ámbito, cabe señalar que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) de 21 de diciembre de 2015 (Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ponente: Luis Ángel Gollonet Teruel) ha anulado la Ordenanza municipal reguladora de vertidos de lodos procedentes de estaciones depuradoras de aguas residuales y purines en explotaciones ganaderas con fines agrícolas, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Ventas de Huelma (Granada) en sesión de 5 de diciembre de 2012. Aun cuando el Tribunal Supremo ha admitido que los entes locales tengan competencia para regular la gestión del estiércol, lodos de depuración y purines que se ha hecho en diversas ordenanzas municipales (*vid.,* por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2009 –Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Segundo Menéndez Pérez–), en esta ocasión el Tribunal Superior de Justicia considera que no resulta de aplicación esta jurisprudencia, al existir una norma autonómica específica (el Decreto 73/2012, de 20 de marzo, que aprueba el Reglamento de residuos) que regula esta materia de forma pormenorizada y atribuye la competencia a la Administración autonómica sobre los lodos residuales procedentes de la depuración, con exclusión de la competencia municipal (*vid.* FJ 6.º).

3.1.2 Las competencias sobre los vertidos indirectos en aguas superficiales: los entes locales como sujetos autorizantes

La determinación de la competencia para otorgar autorizaciones de vertidos indirectos ha sido objeto de una importante controversia, y durante mucho tiempo se han planteado dudas acerca de si la competencia para el otorgamiento de la autorización de vertidos al alcantarillado, sistemas colectores y/o instalaciones de depuración corresponde a la Administración hidráulica o, por el contrario, a los municipios.

Inicialmente, ante el silencio de la LA y del RDPH, en el ámbito de las cuencas intercomunitarias, la determinación de la competencia autorizatoria sobre estos vertidos vino de la mano de la Orden de 23 de diciembre de 1986, por la que se dictaban normas complementarias en relación con las autorizaciones de vertido de aguas residuales, hoy ya derogada. Con arreglo a esta norma, si los vertidos se realizaban en redes municipales de saneamiento, para determinar la Administración competente para el otorgamiento de la autorización de vertido debía diferenciarse si se trataba de vertidos domésticos, en cuyo caso la competencia era del municipio, o si se trataba de vertidos industriales, supuesto en que la competencia sería, o bien municipal, si eran poblaciones de más de 20 000 habitantes, o bien de la Administración hidráulica, si eran poblaciones de menos de 20 000 habitantes, salvo que el ayuntamiento se hiciese responsable de los vertidos industriales que recibiese en la red municipal de saneamiento. Se materializaba así, en determinados casos, un desapoderamiento de la competencia municipal en favor de la Administración hidráulica, probablemente justificado por la desconfianza en cuanto a la capacidad técnica de los municipios para asumir el control de estos vertidos[26]. No obstante, de acuerdo con el artículo 7 de dicha Orden, la Confederación Hidrográfica podía exigir que se otorgase la autorización separadamente cuando el vertido industrial, por su composición o volumen, fuera desproporcionado frente al vertido urbano.

Las normas que se dictaron, a nivel estatal, con posterioridad a la Orden de 23 de diciembre de 1986 no alteraron el régimen descrito en cuanto se refiere al otorgamiento de las autorizaciones de vertidos indirectos. Ni el Real Decreto 484/1995, de 7 de abril, sobre medidas de regularización y

26. En esta línea, Fanlo Loras, Antonio, "Obras hidráulicas…", cit., pp. 193-194. *Vid.* una postura crítica en torno a este desapoderamiento municipal en Setuáin Mendía, Beatriz, *El saneamiento…*, cit., pp. 425-427; y Casado Casado, Lucía, *Los vertidos…*, cit., p. 188.

control de vertidos, ni el Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas, y el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, que lo desarrolla, incorporaron previsiones al respecto.

Posteriormente, el RDPH, tras su modificación por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, atribuyó a los entes locales la competencia para autorizar vertidos indirectos en aguas superficiales –art. 245.2–[27]. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 18 de octubre de 2006, concluyó que la Administración hidráulica competente para otorgar la autorización de vertidos al alcantarillado era el organismo de cuenca, al no existir norma con rango de ley formal que atribuyese competencia a los entes locales para autorizar vertidos indirectos a aguas superficiales, y declaró nulo de pleno derecho el citado artículo 245.2[28].

Esta situación llevó al Gobierno a aprobar, con posterioridad, el Real Decreto-ley 4/2007, de 13 de abril, mediante el cual se modifica el TRLA y se introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 101, en el cual se atribuye la competencia sobre las autorizaciones de vertidos efectuados en cualquier punto de la red de alcantarillado o de colectores gestionados por las Administraciones autonómicas o locales, o por entidades dependientes de las

27. Tras la nueva redacción dada al artículo 245.2 del RDPH por el Real Decreto 606/2003, este precepto disponía que, en el caso de vertidos directos a aguas superficiales o subterráneas y de vertidos indirectos a aguas subterráneas, el otorgamiento de la autorización correspondía al Organismo de cuenca; en cambio, cuando se tratase de vertidos indirectos a aguas superficiales, la autorización correspondería "al órgano autonómico o local competente". Ahora bien, con arreglo a la nueva redacción dada al artículo 245.4 del RDPH, los vertidos indirectos a aguas superficiales con especial incidencia para la calidad del medio receptor "han de ser informados favorablemente por el Organismo de cuenca previamente al otorgamiento de la preceptiva autorización".

28. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2006 (Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, ponente: Jesús Ernesto Peces Morate), FFJJ 5.º y 6.º. En esta Sentencia, se resuelve el recurso contencioso-administrativo presentado por el Ayuntamiento de Benifaió (Valencia) contra el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, de modificación del RDPH, considerando que la nueva redacción del artículo 245.2 del RDPH es contraria a derecho. Concretamente, el Ayuntamiento alegaba que, en la medida en que este precepto atribuye la competencia autorizatoria sobre los vertidos indirectos en aguas superficiales al órgano autonómico o local correspondiente, es contrario a derecho, dado que el artículo 22.a) de la LA atribuye a los organismos de cuenca la competencia para conceder autorizaciones referentes al dominio público hidráulico. En consecuencia, entiende que es la Administración hidráulica la competente para otorgar las autorizaciones de vertido al alcantarillado que, según el artículo 245.1 del RDPH, constituyen un vertido indirecto.

mismas, al órgano autonómico o local competente. El artículo 101.2 del TRLA dispone ahora lo siguiente:

> *Las autorizaciones de vertido corresponderán a la Administración hidráulica competente, salvo en los casos de vertidos efectuados en cualquier punto de la red de alcantarillado o de colectores gestionados por las Administraciones autonómicas o locales o por entidades dependientes de las mismas, en los que la autorización corresponderá al órgano autonómico o local competente*[29].

Por su parte, el RDPH, en su redacción actual, también prevé que el otorgamiento de las autorizaciones de vertido corresponde a la Administración hidráulica competente, "salvo en los casos de vertidos efectuados en cualquier punto de la red de alcantarillado o de colectores gestionados por las Administraciones autonómicas o locales o por entidades dependientes de las mismas, en los que la autorización corresponderá al órgano autonómico o local competente"[30]. Ahora bien, también establece que los vertidos

29. En el Preámbulo del Real Decreto-ley 4/2007, de 13 de abril, esta modificación normativa se justifica en los términos siguientes: "[…] No cabe mantener esta competencia en el ámbito de los organismos de cuenca, ya que estos carecen de la información requerida para emitir dichas autorizaciones, puesto que no gestionan las redes de conducción de las aguas en las que estos vertidos se producen. Por lo tanto, el otorgamiento de autorizaciones en tales condiciones revestiría un alto grado de irresponsabilidad y podría repercutir negativamente en las redes gestionadas por otras Administraciones y, en última instancia, en el adecuado control de la calidad de las aguas. Además, se produciría la paralización o el colapso en la emisión de las autorizaciones correspondientes a los vertidos indirectos a las aguas superficiales, toda vez que, conforme a lo establecido en la Ley de Aguas, cualquier vertido, por pequeño que sea, requiere autorización administrativa, sin distinguir si su destino es el alcantarillado o el dominio público hidráulico, por lo que, de no otorgar nuevamente esta competencia a las entidades locales, los organismos de cuenca habrían de tramitar las autorizaciones correspondientes a todos los vertidos procedentes de industrias, comercios, etc. de los más de ocho mil municipios existentes en España, sin disponer de los medios necesarios para ello, al tratarse de una situación completamente imprevista. Se generaría con ello el riesgo, bien de que las instalaciones productoras de sustancias contaminantes destinadas a ser vertidas legalmente deban interrumpir su actividad de producción o se vean condicionadas por la imposibilidad de verter al dominio público hidráulico, bien de que se produzcan vertidos no autorizados ante la incapacidad de la Administración para tramitar las solicitudes de vertido formuladas".

30. Artículo 245.2 del RDPH, cuya redacción actual deriva de la modificación introducida por el Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre (*vid.* su artículo primero, apartado 32). Este precepto tiene el carácter de legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección, de acuerdo con el artículo 149.1.23 de la Constitución, según se establece en el apartado 3 de la disposición final 1.ª del Real Decreto 1290/2012.

indirectos a aguas superficiales con especial incidencia para la calidad del medio receptor, según los criterios señalados en el apartado 3 del artículo 245 del RDPH, "han de ser informados favorablemente por el Organismo de cuenca previamente al otorgamiento de la preceptiva autorización"[31]. De este modo, en función de cuál sea la Administración gestora de las redes en que se realice el vertido, la competencia autorizatoria será, bien autonómica, bien local, pero mediatizada por un informe previo de los organismos de cuenca cuando se trate de vertidos con especial incidencia para la calidad del medio receptor. Un informe que, además, es vinculante, ya que deberá ser favorable para que pueda otorgarse la autorización. Con la introducción de este trámite, vuelven a limitarse las competencias locales o autonómicas sobre los vertidos indirectos, eso sí, bajo la justificación de la especial incidencia del vertido para la calidad del medio receptor[32].

Las comunidades autónomas, ante el silencio de la normativa española de incorporación de la Directiva 91/271/CEE y las escuetas previsiones del RDPH, también han entrado a concretar a qué organismo corresponde la potestad de autorización y control de los vertidos al alcantarillado, a los sistemas colectores y a las instalaciones de saneamiento. Así lo han hecho, efectivamente, algunas leyes autonómicas que, con independencia del carácter de la cuenca hidrográfica a la que irán a parar en última instancia los vertidos, han establecido normas propias en cuanto al saneamiento y la depuración de las aguas residuales urbanas[33], y han atribuido la competen-

31. Artículo 245.4 del RDPH. La redacción actual de este precepto del RDPH deriva del Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo. A diferencia de lo que sucede con el artículo 245.2 del RDPH, cuyo carácter de legislación básica ha sido expresamente previsto por el Real Decreto 1290/2012, el Real Decreto 606/2003 no ha efectuado tal declaración en relación con el artículo 245.4 del RDPH.

32. Una cuestión fundamental será cómo determinar cuándo un vertido es de especial incidencia para el medio receptor y a quién corresponde determinarlo. El RDPH simplemente se remite a los criterios señalados en su artículo 245.3, al hilo del establecimiento del objeto de la autorización de vertido, sin añadir mayores concreciones, lo cual confiere un amplio margen de apreciación al Organismo de cuenca. A la Administración hidráulica corresponderá valorar si se da o no la circunstancia señalada en los vertidos en cuestión. A estos efectos, tendrá una importancia fundamental el inventario de vertidos industriales con sustancias peligrosas recogidos por la red de saneamiento autonómica o local, que deberá incluir la declaración de vertido presentada en el caso de solicitudes formuladas por entidades locales y comunidades autónomas.

33. Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, *Derecho ambiental integrado: la regulación de los lodos de depuradora y de sus destinos*, Civitas, Madrid, 2001, p. 58. *Vid.* un análisis de las previsiones de la normativa autonómica en este ámbito en Setuáin Mendía, Beatriz, *El saneamiento…*, cit., pp. 136-247 y 299-320.

cia autorizatoria sobre los vertidos indirectos a los entes locales. A título de ejemplo, la Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía, atribuye a los municipios, entre otras, las siguientes competencias: el control y seguimiento de vertidos a la red de saneamiento municipal, así como el establecimiento de medidas o programas de reducción de la presencia de sustancias peligrosas en dicha red; y la autorización de vertidos a fosas sépticas y a las redes de saneamiento municipales[34]. Por su parte, las ordenanzas reguladoras de los vertidos de aguas residuales, aprobadas en gran número de Administraciones locales, se sitúan en esta misma línea de atribución de competencias a la Administración local en orden al otorgamiento de las autorizaciones de vertidos a sistema de saneamiento[35]. Igualmente, la jurisprudencia ha respaldado este planteamiento, reconociendo a los municipios la competencia para autorizar los vertidos a la red municipal de saneamiento[36].

3.1.3 Las competencias sobre los vertidos indirectos en aguas superficiales: los entes locales como responsables del ejercicio de las potestades administrativas de control e inspección y la sancionadora

La intervención de los entes locales sobre los vertidos indirectos no se limita al ejercicio de la potestad de autorización, a través del otorgamiento de la correspondiente autorización de vertido, sino que se extiende, además, a la potestad de control e inspección y a la sancionadora, todas ellas imprescindibles para la correcta prestación del servicio de saneamiento, aunque no siempre resulta fácil su deslinde de las funciones ejercidas por la Administración hidráulica, estatal o autonómica, en el ámbito de las cuencas hidrográficas.

34. *Vid.* artículo 13.1, apartados g) y h), de la Ley 9/2010, de 30 de julio.

35. Sirva, a título de ejemplo, el Reglamento metropolitano de vertido de aguas residuales (BOP de Barcelona, de 9 de febrero de 2015), que atribuye al Área Metropolitana de Barcelona la competencia para otorgar las autorizaciones de vertidos (arts. 7.1 y 8.1).

36. Puede verse un análisis de la jurisprudencia en esta materia en Casado Casado, Lucía, *Los vertidos…*, cit., pp. 194-195. Para un análisis más amplio de la determinación de la competencia autorizatoria en los diferentes tipos de vertidos indirectos, *vid.*, de la misma obra, pp. 196-205.

Existe un claro respaldo normativo y jurisprudencial al ejercicio de las potestades de policía administrativa de los entes locales sobre los vertidos realizados a sus redes de saneamiento. Con relación a la normativa, aun cuando la estatal no incluye referencias específicas sobre esta cuestión, las normas autonómicas reguladoras de los vertidos realizados en instalaciones públicas de saneamiento suelen atribuir la potestad inspectora sobre estos vertidos a los entes locales, si bien muchas de ellas también prevén, en determinados casos, la intervención de la Administración autonómica. Del análisis de la normativa autonómica resulta que, en unos casos, la competencia recae sobre los municipios[37] u otros entes locales[38]. En otros, en cambio, se hace depender de quién sea la Administración competente prestadora y, por lo tanto, responsable, de los respectivos servicios de alcantarillado y depuración[39]; o se prevé la intervención autonómica en sustitución del municipio[40]. Algo parecido sucede con el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con los vertidos en las redes de saneamiento. Si re-

37. Es el caso, por ejemplo, de Aragón, donde la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de aguas y ríos de Aragón, atribuye a los municipios "El control y seguimiento de vertidos a la red de saneamiento municipal, así como el establecimiento de medidas o programas de reducción de la presencia de sustancias peligrosas en dicha red", "La autorización de vertidos a fosas sépticas y a las redes de saneamiento municipales", y "La potestad sancionadora, que incluirá la de aprobar reglamentos que precisen las infracciones y sanciones establecidas por la ley, en relación con los usos del agua realizados en el ámbito de sus competencias de abastecimiento, saneamiento y depuración de las aguas residuales, de acuerdo con lo establecido en esta Ley" [art. 32.1, apartados g), h) e i)].

38. El artículo 14.3 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía, atribuye a los entes supramunicipales del agua "la gestión supramunicipal de los servicios de aducción y depuración".

39. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Asturias 5/2002, de 3 de junio, sobre vertidos de aguas residuales industriales a las instalaciones públicas de saneamiento (art. 19); y del Decreto 55/2001, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 5/2000, de 25 de octubre de 2000, de saneamiento y depuración de aguas residuales de La Rioja (art. 9). Y también de Cantabria, que atribuye a los municipios el control de los vertidos de aguas residuales en las redes de saneamiento municipales, y a la comunidad autónoma "La regulación y control de los vertidos en las infraestructuras de saneamiento de interés de la Comunidad Autónoma, así como en el dominio público marítimo-terrestre" [arts. 5.1.g) y 4.2.e) de la Ley 2/2014, de 26 de noviembre, de abastecimiento y saneamiento de aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria].

40. El artículo 4.2.f) de la Ley 2/2014, de 26 de noviembre, de abastecimiento y saneamiento de aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, incluye, entre las competencias de esta Comunidad Autónoma, "La prestación de los servicios de abastecimiento y saneamiento supramunicipales y aquellos otros que la Comunidad Autónoma pueda asumir en sustitución de los municipios competentes" [art. 4.2.f)].

pasamos las diferentes normas reguladoras de los vertidos a sistemas públicos de saneamiento podemos constatar la concurrencia de competencias locales y autonómicas, de manera que intervendrán tanto las entidades locales como las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias[41]. Que la competencia sea local o autonómica dependerá de cuál sea la Administración competente sobre el sistema de saneamiento en el cual se realice el vertido, y del modelo de gestión del saneamiento por el cual se haya optado en la respectiva comunidad autónoma. De este modo, el control de los vertidos realizados al alcantarillado municipal y, por tanto, también el ejercicio de la potestad sancionadora sobre los mismos recaerá, en principio, sobre los municipios, en tanto que titulares de este servicio de prestación obligatoria. En relación con los vertidos realizados a sistemas colectores y/o instalaciones de depuración habremos de estar, para determinar la autoridad competente, al modelo de gestión adoptado por la comunidad autónoma en concreto[42].

También la jurisprudencia contencioso-administrativa ha confirmado que el ejercicio de funciones de policía administrativa sobre los vertidos en redes de saneamiento local corresponde a los entes locales. A título de ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su Sentencia de 13 de febrero de 2012, insiste en lo siguiente:

> *[…] el Ayuntamiento recurrente es el responsable del tratamiento de las aguas residuales urbanas de acuerdo con el RD-L 11/1995 al objeto de poder cumplir con las normas de emisión contenidas en la autorización de vertidos. Esa responsabilidad implica necesariamente el conocer y regular los vertidos que se producen en su red de saneamiento, realización de inspecciones, toma de muestras, etc. […] la falta de*

41. Así se desprende, por ejemplo, de la Ley 2/2014, de 26 de noviembre, de abastecimiento y saneamiento de aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria (art. 50.1); de la Ley 5/2000, de 25 de octubre, de saneamiento y depuración de las aguas residuales de La Rioja (art. 30.2); de la Ley de Madrid 10/1993, de 26 de octubre, sobre vertidos industriales al sistema integral de saneamiento (arts. 49 y 50); de la Ley asturiana 5/2002, de 3 de junio, sobre vertidos de aguas residuales industriales a los sistemas públicos de saneamiento (arts. 32 y 33); y de la Ley de Castilla-La Mancha 12/2002, de 27 de junio, reguladora del ciclo integral del agua (art. 61).

42. Por ejemplo, en Cataluña, el Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, atribuye a las entidades locales del agua el otorgamiento de las autorizaciones de vertido, la inspección, la sanción y el resarcimiento de los eventuales sobrecostes de explotación en los sistemas públicos de saneamiento de su ámbito (art. 53.1). El Decreto 130/2003, de 13 de mayo, prevé, además, que, en el caso de los entes locales no constituidos en entidad local del agua, los órganos sancionadores serán los previstos en la legislación local.

agilidad en la actuación del Ayuntamiento y sobre el control en materia de vertidos, ha provocado que la Confederación demandada decidiera intervenir al objeto de preservar la calidad de las aguas continentales. Existe por tanto una evidente responsabilidad propia en el control de vertidos producidos en la red de saneamiento municipal, y la omisión de actuaciones necesarias por parte del Ayuntamiento para impedir vertidos contaminantes a las redes de saneamiento de que es titular, que motivó que se produjera a través de una instalación de titularidad municipal un vertido altamente contaminante que ha producido daños al dominio público hidráulico[43].

3.2 Los vertidos directos al dominio público hidráulico: la intervención y las obligaciones de los entes locales

Como hemos constatado previamente, las posibilidades de intervención local sobre los vertidos pivotan sobre el control de los vertidos realizados a redes de saneamiento local, excluyéndose de la competencia local los vertidos directos al dominio público hidráulico[44].

La legislación estatal en materia de aguas no otorga a las entidades locales competencias sustantivas sobre la gestión del dominio público hidráulico, pese a su evidente protagonismo en la gestión y prestación de los servicios públicos relacionados con el agua[45]. Del análisis de sus pre-

43. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) de 13 de febrero de 2012 (Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, ponente: Beatriz Galindo Sacristán), FJ 2.º.

44. El Tribunal Supremo ha negado reiteradamente la competencia de las entidades locales para el otorgamiento de la autorización de los vertidos directos, atribuyéndose tal competencia a la Administración hidráulica competente. Pueden citarse, entre otras, las sentencias de 16 de junio de 1962 (Contencioso-Administrativo, Sala 4.ª, ponente: Francisco Sáenz de Tejada y Olozaga), considerando 3.º de la Sentencia apelada, aceptado por el Tribunal Supremo; y de 27 de noviembre de 1981 (Contencioso-Administrativo, Sala 4.ª, ponente: Rafael Pérez Gimeno), considerando 2.º. En este sentido se ha pronunciado también la doctrina. *Vid.*, por ejemplo, Martín Mateo, Ramón, "El ordenamiento hídrico en la Comunidad Valenciana", en Embid Irujo, Antonio (dir.), *Legislación del agua en las comunidades autónomas*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 92.

45. Así lo advierten Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, "Las obligaciones…", cit., pp. 431-432, y Setuáin Mendía, Beatriz, "La distribución de competencias sobre la calidad de las aguas", en Embid Irujo, Antonio y Domínguez Serrano, Judith (dirs.), *La calidad…*, cit., p. 95.

visiones en materia de vertidos se desprende que los entes locales carecen de competencias sobre los vertidos directos al dominio público hidráulico, cuya autorización y control corresponde a la Administración hidráulica –estatal o autonómica, en función del carácter supracomunitario o intracomunitario de la cuenca hidrográfica donde se realicen–. Ahora bien, ello no significa que se excluya toda intervención o actuación local en esta materia. Por una parte, no puede olvidarse la necesaria intervención de los entes locales en el procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones de vertido. Por otra, los entes locales se colocan como un sujeto pasivo más frente a la Administración hidráulica en materia de concesiones y autorizaciones y, por lo que respecta a los vertidos, pueden ser titulares de autorizaciones y ostentar la condición de sujeto autorizado, por su condición de titulares del vertido final procedente de sus sistemas de saneamiento y depuración al dominio público hidráulico, que les obliga a contar con la correspondiente autorización administrativa de la Administración hidráulica.

3.2.1
La intervención de los entes locales en el procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones de vertido mediante un informe preceptivo

El artículo 25.3 del TRLA recoge el trámite de informe preceptivo de las comunidades autónomas, en materias de su competencia, en los expedientes que tramiten los organismos de cuenca en el ejercicio de sus competencias sustantivas sobre la utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico. Se omite, en cambio, toda referencia al trámite de informe previo de las entidades locales, aun cuando ello viene exigido expresamente por la LBRL. Su artículo 58, en el párrafo tercero de su apartado 2, establece, como exigencia derivada del reconocimiento constitucional de la autonomía local, que "en la determinación de usos y en la adopción de resoluciones por parte de otras Administraciones públicas en materia de concesiones o autorizaciones relativas al dominio público de su competencia, será requisito indispensable para su aprobación el informe previo de los municipios en cuyo territorio se encuentre dicho dominio público". Con esta previsión, se pretende garantizar el derecho de los entes locales a participar en todos aquellos asuntos que afecten a su ámbito de interés respectivo.

El RDPH tampoco hace referencia expresa a la intervención local en el procedimiento de autorización de vertido. Sin embargo, se refiere, además

de al informe de la comunidad autónoma, a "aquellos otros que procedan en cada caso"[46], y aquí podríamos situar el de los entes locales.

En la medida en que no se precisa el carácter de este informe, a la vista de la regulación general contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas –en adelante, LPAC–, debe entenderse que no tiene carácter vinculante[47]. De no emitirse el informe en el plazo establecido[48], teniendo en cuenta que se trata de un informe a emitir por una Administración pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, se podrán proseguir las actuaciones y el informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución[49].

Sin embargo, en la medida en que estamos ante un informe preceptivo, debe tenerse presente lo establecido en el artículo 80.3 de la LPAC, que permite suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento, en conexión con el artículo 22.1.d), que incluye entre los supuestos en que es posible suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución, el de solicitud de "informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos". Este plazo de suspensión no podrá exceder de tres meses y, en caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento.

3.2.2
Los entes locales como sujetos autorizados en materia de vertidos: las obligaciones que les corresponden

La autorización de vertido constituye el eje central sobre el cual gravita, en el ordenamiento jurídico español, la intervención administrativa sobre

46. Artículo 248.2 del RDPH.

47. Con arreglo al artículo 80.1 de la LPAC, "salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes".

48. El artículo 58 de la LBRL no fija el plazo en que debe emitirse el informe previo de los municipios, por lo que resultará de aplicación lo establecido en el artículo 80.2 de la LPAC, que prevé un plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor.

49. *Vid.* artículo 80.4 de la LPAC.

los vertidos en el dominio público hidráulico. Enmarcada en la actividad administrativa de limitación o policía, permite excepcionar la inicial prohibición de contaminar recogida en el TRLA[50] y en el RDPH[51] y pone en manos de la Administración un poderoso instrumento de control, tanto en la fase previa al inicio de actividades potencialmente agresoras para la calidad de las aguas como durante su posterior desarrollo. Su funcionalidad radica en cohonestar el interés individual en la realización de una determinada actividad empresarial que produce vertidos que pueden degradar el medio acuático, con el interés general, representado, en este caso, por la protección de un recurso natural: las aguas. Y todo ello con el fin de "la consecución de los objetivos medioambientales establecidos"[52]. Mediante este instrumento, la Administración garantiza (previo análisis de las características de los vertidos y previa comprobación del respeto de los límites y condicionamientos normativamente establecidos) que no se excederán los niveles de riesgo permisibles en nuestro ordenamiento jurídico, y fija las condiciones a que deberá sujetarse la autorización para que no se perturbe el interés público tutelado. El otorgamiento de la autorización de vertido se erige en un requisito imprescindible para el lícito despliegue de la actividad, cuya ausencia desencadenará las oportunas medidas de reacción (por ejemplo, el ejercicio de la potestad sancionadora). Y además, una vez otorgada, creará una relación duradera entre la Administración otorgante y el sujeto autorizatario, a través de la cual podrá canalizarse un control permanente de los vertidos[53].

Los entes locales, tal como hemos anticipado previamente, carecen de competencias en relación con los vertidos directos al dominio público hidráulico, pero, en su calidad de titulares del vertido final procedente de sus redes de saneamiento, pueden ser sujetos pasivos de la autorización de vertido y, en tal caso, se sujetan a las prescripciones normativas establecidas a tal efecto, debiendo obtener la correspondiente autorización de la Administración hidráulica y sujetándose a su control posterior.

50. *Vid.* artículos 97 y 100.1 del TRLA.
51. *Vid.* artículo 245.2 del RDPH.
52. Artículos 100.2 del TRLA y 245.3 del RDPH.
53. La funcionalidad de la autorización de vertido se refleja claramente en la Sentencia de 23 de junio de 1978 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª; ponente: Fernando Roldán Martínez). *Vid.,* también, la Sentencia de 10 de junio de 1981 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª; ponente: José Luis Ruiz Sánchez), considerando 3.º.

3.2.2.1 La exigencia de autorización de vertido a los entes locales

La obligación de obtención de la autorización de vertido se extiende a los titulares (tanto personas físicas como jurídicas –individual o colectivamente, según se realice el vertido de manera aislada o por un grupo de personas conjuntamente, por conveniencia o por imposición administrativa–, de naturaleza pública o privada, e incluso a los concesionarios de obras públicas de la Administración[54]) de todo vertido directo o indirecto de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico. Ni el TRLA ni el RDPH admiten excepción alguna al deber general de obtener dicha autorización. Por ello, deberán solicitarla tanto personas físicas como jurídicas, ya sean nacionales o extranjeras, ya sean de naturaleza pública o privada. Se trata, por tanto, de una obligación que se hace extensiva a cualquier establecimiento industrial, a las entidades públicas o privadas y a los meros ciudadanos o particulares, con tal de que concurra el elemento objetivo requerido por la norma. En consecuencia, pueden ser titulares de vertidos y, por ello, deberán solicitar dicha autorización, tanto las industrias como las propias Administraciones y entidades u organismos de ellas dependientes que se hallen en el supuesto de hecho objeto de la autorización. A estos efectos, las Administraciones son tratadas como cualquier particular. Y esta afirmación es válida tanto para las Administraciones locales como para cualquier otra Administración que, en ejercicio de sus competencias, pueda realizar vertidos susceptibles de provocar la contaminación del dominio público hidráulico (como usuarias del dominio público hidráulico para verter sus aguas residuales, en tanto que titulares de los servicios de saneamiento o como titulares de edificios o establecimientos que producen vertidos).

En consecuencia, el vertido final desde los sistemas de saneamiento y depuración al dominio público hidráulico debe contar con la correspondiente autorización de vertido, otorgada por la Administración hidráulica competente (estatal o autonómica, en función del carácter supracomunitario o intracomunitario de la cuenca donde se realice el vertido). De ahí que los entes locales precisen de la correspondiente autorización, como cualquier otro particular, para verter las aguas residuales procedentes de sus sistemas

54. *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1996 (Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª; ponente: Óscar González González), FFJJ 2 y 3.

de alcantarillado y/o colectores e instalaciones de depuración a cauce público[55].

3.2.2.2 Los requisitos específicos exigidos a las solicitudes de autorizaciones de vertido de los entes locales

Para la obtención de la autorización de vertido, los entes locales deberán iniciar el correspondiente procedimiento administrativo[56], mediante la presentación de la solicitud de la autorización de vertido ante la Administración hidráulica competente. El inicio del procedimiento se produce, por tanto, a instancia de parte, si bien ello no impide que la presentación de la solicitud y, por lo tanto, la iniciación pueda producirse previo requerimiento del organismo de cuenca correspondiente en aquellos casos en que el interesado viniera realizando vertidos no autorizados. Así, el procedimiento para obtener la autorización de vertido, con carácter general, se iniciará mediante solicitud del ente local, con los datos requeridos en el artículo 66 de la LPAC y con la declaración de vertido, según modelo aprobado por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente[57] (en la actualidad, Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente).

55. Así lo ha reconocido también, de forma reiterada, el Tribunal Supremo. Por ejemplo, así se desprende de las sentencias de 18 de abril de 1997 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, ponente: Fernando Ledesma Bartret); de 21 de abril de 1997 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, ponente: Segundo Menéndez Pérez); y de 12 de mayo de 1997 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, ponente: Óscar González González), que confirman las sanciones impuestas por el Consejo de Ministros a los municipios de Lasarte, Oyarzun y Elgoibar, respectivamente, por el vertido de sus aguas residuales a los ríos Oria, Oyarzun y Deba, respectivamente, sin la correspondiente autorización.

56. El procedimiento para el otorgamiento de la autorización de vertido se regula, a nivel estatal, en el RDPH (fundamentalmente, en los arts. 246 a 250), sin perjuicio de que las comunidades autónomas con competencias sobre cuencas intracomunitarias puedan establecer normas procedimentales específicas. El análisis detallado de este procedimiento excedería del objeto de este trabajo, por lo que nos limitamos a destacar las peculiaridades que presenta cuando el sujeto solicitante de la autorización de vertido es una Administración local. *Vid.* un análisis detallado del procedimiento administrativo de autorización de vertido en Casado Casado, Lucía, *Los vertidos…*, cit., pp. 241 a 275.

57. *Vid.* la Orden del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente AAA/2056/2014, de 27 de octubre.

3.2.2.2.1 La obligación por parte de las entidades locales de presentación del proyecto técnico de las obras e instalaciones de depuración en la declaración de vertido. Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo

El contenido de la declaración de vertido se concreta en el artículo 246.2 del RDPH[58]. Desde la perspectiva local que aquí nos interesa, uno de los extremos que debe contener la declaración de vertido se ha manifestado especialmente polémico en relación con las solicitudes de autorizaciones de vertido presentadas por entes locales. Nos referimos a la exigencia de proyecto, suscrito por técnico competente, de las obras e instalaciones de depuración o eliminación que, en su caso, fueran necesarias para que el grado de depuración sea el adecuado para la consecución de los valores límite de emisión del vertido, teniendo en cuenta las normas de calidad ambiental determinadas para el medio receptor.

Del tenor literal del artículo 246.2 del RDPH y de las obligaciones en él contenidas, parece desprenderse que es el titular de la actividad causante del vertido, en tanto que solicitante de una autorización de vertido, quien debe acompañar la solicitud de un proyecto técnico debidamente visado[59]. Sin embargo, esta correlación ha sido cuestionada por parte de algunos entes

58. Los extremos que debe contener la declaración de vertido, de acuerdo con el artículo 246.2 del RDPH, son los siguientes: características de la actividad causante del vertido; localización exacta del punto donde se produce el vertido; características cualitativas (con indicación de todos los valores de los parámetros contaminantes del vertido), cuantitativas y temporales del vertido; descripción de las instalaciones de depuración y evacuación del vertido; proyecto, suscrito por técnico competente, de las obras e instalaciones de depuración o eliminación que, en su caso, fueran necesarias para que el grado de depuración sea el adecuado para la consecución de los valores límite de emisión del vertido, teniendo en cuenta las normas de calidad ambiental determinadas para el medio receptor; en su caso, documentación técnica que desarrolle y justifique adecuadamente las características de la red de saneamiento y los sistemas de aliviaderos, y las medidas, actuaciones e instalaciones previstas para limitar la contaminación por desbordamiento en episodios de lluvias; petición, en su caso, de imposición de servidumbre forzosa de acueducto o de declaración de utilidad pública, a los efectos de expropiación forzosa, acompañada de la identificación de predios y propietarios afectados; y descripción de las medidas, actuaciones e instalaciones de seguridad previstas para la prevención de vertidos accidentales.

59. Así lo ponen de manifiesto Caro-Patón Carmona, Isabel y Escartín Escudé, Víctor, en "Aguas: un año clave para la gestión del riesgo de inundación en España", en López Ramón, Fernando (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2017*, CIEMAT (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad), Madrid, 2017, p. 443.

locales y ha dado lugar a la interposición de numerosos recursos que han sido resueltos por el Tribunal Supremo en quince sentencias dictadas en 2016.

Los casos enjuiciados por estas sentencias son todos similares, y afectan a la mancomunidad de municipios de la comarca del Campo de Gibraltar y a varios ayuntamientos de la provincia de Granada. Todas estas entidades locales habían obtenido una autorización provisional de vertido para realizar los vertidos de aguas residuales, procedentes de las estaciones depuradoras que gestionaban, al dominio público hidráulico, al amparo de la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1986, por la que se dictaban normas complementarias en relación con las autorizaciones de vertido de aguas residuales. Posteriormente, esta Orden fue derogada por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo[60], que, además, obligaba a los organismos de cuenca a revisar, en el plazo de dos años, las autorizaciones de vertido concedidas a su entrada en vigor para adaptarlas a lo dispuesto en los artículos 245 y siguientes del RDPH. Los vertidos que no cumpliesen los requisitos exigidos para su revisión quedarían en situación ilegal y frente a ellos los organismos de cuenca podrían realizar las actuaciones previstas en el artículo 105 del TRLA. El objetivo no era otro que conseguir, de una vez por todas, la adecuación de todos los vertidos a las prescripciones normativas. Sin embargo, lo cierto es que muchos titulares de autorizaciones provisionales de vertido continuaron realizando vertidos a su amparo sin proceder a su revisión bastante más allá de los dos años fijados, y es precisamente esta situación anómala la que está en el origen de los supuestos analizados[61].

Las entidades locales mencionadas, una vez requeridas para que presentaran una solicitud y la correspondiente declaración de vertido, con la incorporación del proyecto técnico a que se refiere el artículo 246 del RDPH, solicitaron a la Administración hidráulica competente (en unos casos se trataba de la Junta de Andalucía, en otros de la Confederación Hidrográfica

60. Con anterioridad al Real Decreto 606/2003, ya se había dictado el Real Decreto 484/1995, de 7 de abril, sobre medidas de regularización y control de vertidos, que pretendía conseguir la adaptación de todos los vertidos no autorizados a la regulación contenida en la legislación de aguas y que también fue derogado por el Real Decreto 606/2003. En general, sobre la problemática de la regulación de los vertidos ilegales, *vid.* Casado Casado, Lucía, *Los vertidos…*, cit., pp. 337-361.

61. Así lo advierten Caro-Patón Carmona, Isabel y Escartín Escudé, Víctor, en "Aguas:…", cit., pp. 444-445, al considerar que estos casos se originaron "como consecuencia de una peculiar praxis administrativa ciertamente reprochable tanto en lo que se refiere a su duración en el tiempo, como por la visible e injustificable inactividad de muchos de sus actores".

del Guadalquivir) una revisión de su autorización de vertido, que les fue denegada, dejándose sin efecto la autorización provisional de vertido, por no incorporar el proyecto técnico a que venimos haciendo referencia. Para la Administración hidráulica eran los ayuntamientos, como titulares de los vertidos del municipio, los que, a tenor del artículo 246 del RDPH, estaban obligados a presentar un proyecto técnico de las instalaciones de depuración, y el hecho de que otra Administración se hubiera comprometido a elaborar, ejecutar y contratar proyectos de colectores o instalaciones de depuración, mediante la firma de un convenio, no eximía al titular de vertido de la responsabilidad de cumplir con la normativa vigente. En cambio, las entidades locales pretendían la autorización definitiva de vertidos, amparados en una autorización provisional anterior, defendiendo que la elaboración del proyecto técnico referido en dicho precepto correspondía a otra Administración (la estatal o la autonómica) en virtud de un convenio firmado por los ayuntamientos afectados con el entonces Ministerio de Medio Ambiente o con la Agencia Andaluza del Agua, en el que otras Administraciones habían asumido el compromiso de mejorar o establecer un adecuado sistema de depuración. Por este motivo, los entes locales afectados presentaron ante el Tribunal Superior de Justicia los correspondientes recursos contencioso-administrativos frente a las resoluciones dictadas por la Administración hidráulica, que fueron desestimados, y, posteriormente, recurso de casación frente a las sentencias desestimatorias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Planteado el tema ante el Tribunal Supremo, no prospera ninguno de los recursos de casación interpuestos[62]. Para el Tribunal, la presentación de

62. *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo 57/2016, de 20 de enero de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Jesús Cudero Blas); 58/2016, de 20 de enero de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Jesús Cudero Blas); 1458/2016, de 4 de abril de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: José Luis Requero Ibáñez); 1459/2016, de 4 de abril de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: José Luis Requero Ibáñez); 1470/2016, de 6 de abril de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso); 1471/2016, de 6 de abril de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso); 1477/2016, de 5 de abril de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Jesús Cudero Blas); 1479/2016, de 5 de abril de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Jesús Cudero Blas); 1595/2016, de 13 de abril de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: María del Pilar Teso Gamella); 1596/2016, de 13 de abril de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: María del Pilar Teso Gamella); 2679/2016, de 9 de junio de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Segundo Menéndez Pérez); 2680/2016, de 9 de junio de 2016

la declaración de vertido y, en consecuencia, del proyecto técnico previsto en el artículo 246 del RDPH corresponde al ayuntamiento o mancomunidad titular del vertido, sin que tal obligación pueda trasladarse a otro organismo en virtud de convenios u otros instrumentos en los que otra Administración haya asumido el compromiso de mejorar o instaurar el sistema de depuración.

En su opinión, la Administración hidráulica denegó la solicitud presentada a los entes locales recurrentes dando cumplimiento estricto a la normativa que resulta de aplicación, que exige la aportación de un proyecto firmado por técnico competente, debidamente visado, de un nuevo sistema de depuración y redes de saneamiento y evacuación del vertido, proyecto que no fue presentado por los solicitantes –a quienes incumbía hacerlo, según establece el artículo 246.2.e) del RDPH– y cuya ausencia no permitía al órgano competente aprobar un vertido sin constatar que en la instalación afectada se habían introducido las correcciones requeridas para evitar que se superen los valores límite de emisión. El Tribunal Supremo considera lo siguiente:

> *[…] el proyecto mencionado no puede ser sustituido por una obligación prestacional no cumplida por la Junta de Andalucía. Aun aceptando a efectos puramente dialécticos que la normativa que resulta de aplicación exigiera a la Administración acometer la ejecución de la obra pública que deriva del Convenio de Colaboración suscrito con el Estado y que tal ejecución no se ha realizado, es lo cierto que no puede autorizarse un vertido sin contar con el soporte técnico que acredite que se va a dar cumplimiento a las exigencias medioambientales en cuanto a valores límites de emisión. Y resulta incontrovertido […] que el necesario proyecto técnico no estaba a disposición del órgano administrativo que debía autorizar el vertido*[63].

(Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Segundo Menéndez Pérez); 2681/2016, de 9 de junio de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Segundo Menéndez Pérez); 2682/2016, de 9 de junio de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Segundo Menéndez Pérez); y 2683/2016, de 9 de junio de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Segundo Menéndez Pérez). Estas sentencias resuelven los recursos de casación presentados por la mancomunidad de municipios de la comarca del Campo de Gibraltar (las dos primeras) y los ayuntamientos de Cúllar Vega, Ogíjares, Colomera, Churriana de la Vega, Jun, Peligros, Güevéjar, La Zubia, Vegas de Genil, Víznar, Cijuela, Atarfe y Fuente Vaqueros, respectivamente.

63. *Vid.*, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 58/2016, de 20 de enero de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Jesús Cudero Blas), FJ 4.º.

Y la obligación de presentar el mencionado proyecto técnico corresponde, según el Tribunal Supremo, al ente local solicitante de la revisión de la autorización de vertido, con independencia de cuál sea la Administración que deba ejecutar las obras de construcción o ampliación de la estación depuradora de aguas residuales. A ello cabría añadir que tampoco puede acogerse la revisión solicitada sin contar con los datos necesarios, proporcionados por el proyecto técnico, sobre la adecuación de la instalación a las exigencias requeridas para la consecución de los valores límite de emisión del vertido, teniendo en cuenta las normas de calidad ambiental determinadas para el medio receptor, como dispone el artículo 246.2.e) del RDPH.

Además, no enerva esta obligación de los entes locales afectados el hecho de que carezcan de recursos para elaborar y ejecutar un proyecto técnico de vertido, o que tal exigencia dependa de unas actuaciones objeto de un convenio que deban ejecutarse por un ente instrumental de la Administración autonómica, pues lo relevante es que se está resolviendo sobre la legalización de un vertido provisional.

Ahora bien, la conclusión expuesta no excluye que la mancomunidad o los municipios recurrentes insten de la Junta de Andalucía, en los términos establecidos en el ordenamiento, la ejecución de lo convenido y el cumplimiento de aquella obligación, y que reaccionen contra la eventual desatención por los cauces procesales correspondientes. En tanto no se ejecute esa obra, no cabe legalizar los vertidos hasta ese momento permitidos provisionalmente.

Por último, el Tribunal Supremo considera que no se infringe el artículo 124 del TRLA:

> *[...] pues de tal precepto no deriva en absoluto que el eventual incumplimiento de la obligación de ejecutar una obra hidráulica exonere al solicitante de un vertido del deber legal de presentar el repetido proyecto técnico, cuya ausencia en el caso, insistimos, no permite que la Administración otorgue la autorización que se interesa. En otras palabras, aquel precepto determina las competencias administrativas para la ejecución, gestión y explotación de las obras hidráulicas públicas, pero no regula, ni se refiere en modo alguno, al procedimiento para la autorización de vertidos de aguas residuales, que era lo que solicitó la Mancomunidad recurrente y fue denegado en las resoluciones recurridas en la instancia*[64].

64. *Vid.*, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 58/2016, de 20 de enero de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Jesús Cudero Blas), FJ 4.º, *in fine*.

En definitiva, con arreglo a esta jurisprudencia, los titulares de una autorización provisional de vertido, para obtener la autorización de vertido, deben presentar el proyecto técnico a que se refiere el artículo 246 del RDPH, y esta obligación procedimental corresponde "al titular del vertido y responsable del mismo, sin que circunstancias tales como que el mismo carezca de recursos para elaborar y ejecutar un proyecto técnico de vertido, o que tal exigencia dependa de unas actuaciones objeto de un convenio, o que deban ejecutarse por un ente instrumental de la Administración autonómica, puedan suponer que dicha obligación ha decaído"[65].

3.2.2.2.2 Los contenidos obligatorios específicos de la declaración de vertido en el caso de solicitudes formuladas por entidades locales

Las autorizaciones de vertido cuyos destinatarios son los entes locales presentan algunas peculiaridades en el momento de presentar la solicitud de autorización. El artículo 101.5 del TRLA exige que las solicitudes de autorizaciones de vertido de las entidades locales contengan, en todo caso, "un plan de saneamiento y control de vertidos a colectores municipales". Esta previsión debe ser valorada positivamente, por cuanto ninguna entidad local podrá ser autorizada para realizar vertidos si no cuenta, además de con los requisitos exigidos para toda autorización de vertido, con un plan de saneamiento y control de los vertidos que se realicen a sus colectores[66].

Esta previsión es objeto de mayor concreción en el artículo 246.3 del RDPH, que exige que, en el caso de solicitudes de autorización de vertido formuladas por entidades locales y comunidades autónomas[67], la declaración de vertido incluya, además del contenido establecido con carácter general[68], los siguientes aspectos:

– Un inventario de residuos industriales con sustancias peligrosas recogidos por la red de saneamiento autonómica o local.

65. CARO-PATÓN CARMONA, Isabel y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor, "Aguas:…", cit., p. 445.

66. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel María, *Derecho ambiental*..., cit., p. 65. *Vid.* también, del mismo autor, "Las obligaciones…", cit., pp. 461-462.

67. Nótese que el RDPH hace extensiva esta previsión también a las comunidades autónomas, aun cuando el artículo 101.5 del TRLA se refiere exclusivamente a las entidades locales.

68. *Vid. supra* la nota a pie de página 58.

– El contenido y desarrollo del plan de saneamiento y control de vertidos a la red de saneamiento autonómica o local, que incluirá, en su caso, los programas de reducción de sustancias peligrosas, así como el correspondiente reglamento u ordenanza de vertidos. En el caso de que las instalaciones de depuración y evacuación necesarias formen parte de un plan o programa de saneamiento aprobado por otra Administración pública, se hará constar así en la solicitud.
– El conjunto de medidas que comprendan estudios técnicos de detalle que, teniendo en cuenta el régimen de lluvias, las características de la cuenca vertiente, el diseño de la red de saneamiento, la naturaleza y características de las sustancias presentes en los desbordamientos de los sistemas de saneamiento en episodios de lluvia, y los objetivos medioambientales del medio receptor, definan las buenas prácticas y actuaciones básicas para maximizar el transporte de volúmenes hacia las estaciones depuradoras de aguas residuales y de escorrentía, y reducir el impacto de los desbordamientos de los sistemas de saneamiento en episodios de lluvia. Estas medidas deben incluir, como mínimo, una descripción general del sistema de saneamiento, de las actuaciones previstas y del cronograma de ejecución.

Por otra parte, el artículo 101.5 del TRLA también obliga a estas entidades a "informar a la Administración hidráulica sobre la existencia de vertidos en los colectores locales de sustancias tóxicas y peligrosas reguladas por la normativa sobre calidad de las aguas".

3.2.2.3 Las obligaciones de los entes locales como sujeto autorizado y el control permanente de la Administración otorgante sobre los vertidos autorizados

El otorgamiento de la autorización de vertido tiene como efecto primario el levantamiento de la prohibición, preventivamente establecida en nuestro ordenamiento jurídico, de realizar vertidos. Este título administrativo desencadena, además, el nacimiento de una relación jurídica continuada entre la Administración hidráulica y el autorizatario, regulada por el derecho administrativo, que va más allá del mero acto de otorgamiento, con el fin de proteger el interés público tutelado y garantizar, en todo momento, la compatibilidad de la autorización con los objetivos de preservación ambien-

tal que deben protegerse. Nace, así, una relación duradera, de la que surgen derechos y deberes para ambas partes[69].

Respecto al titular de la autorización, surge la obligación de cumplimiento de su condicionado[70]. Por lo tanto, los entes locales, como titulares de una autorización de vertido, estarán obligados a respetar su condicionado. La licencia removerá el obstáculo que supone la prohibición previamente establecida, pero no crea un derecho subjetivo a contaminar, por lo que el ente local únicamente podrá realizar válidamente los vertidos en el marco proporcionado por la licencia y dentro del más absoluto respeto a las condiciones y limitaciones en ella contenidas. En caso contrario, se expone a la aplicación de las oportunas medidas de reacción previstas por nuestro ordenamiento jurídico –principalmente, la sanción, la obligación de reparación e, incluso, el inicio de un procedimiento de revocación de la autorización y, en su caso, la declaración de caducidad de la concesión de aguas–.

Por otra parte, la autorización de vertido tiene un plazo de vigencia limitado a cinco años –cuatro, en el caso de vertidos en aguas subterráneas– y es susceptible de modificación y de renovación a instancia de su titular. Para ello, este deberá acreditar ante la Administración hidráulica competente la adecuación de las instalaciones de depuración y los elementos de control de su funcionamiento, a las normas y objetivos de calidad de las aguas[71] y las condiciones en que vierten, datos que podrán ser certificados por las entidades que se homologuen a tal efecto. En caso contrario, podrán ser modificadas o revocadas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 104 y 105 del TRLA. La renovación de la autorización no impide que, cuando se den otras circunstancias, el Organismo de cuenca proceda a su revisión.

Junto a los efectos jurídicos de la autorización de vertido respecto al sujeto autorizado ya señalados, existen otros de carácter mucho más específico, estrechamente relacionados con la reutilización de aguas depuradas.

69. Nótese que la eficacia jurídica de la autorización de vertido se desarrolla únicamente en el marco de la relación jurídica bilateral Administración-autorizatario, sin afectar a las relaciones de su titular con terceros, motivo por el cual la existencia de autorización no excluirá la responsabilidad civil por los daños causados a terceros, de concurrir los requisitos legalmente exigibles, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia. En efecto, la autorización de vertido se otorga "sin perjuicio de tercero". *Vid.* Casado Casado, Lucía, *Los vertidos…*, cit., pp. 322-324.

70. El TRLA y el RDPH concretan los extremos que deben incluir las autorizaciones de vertido (arts. 101.1 y 251, respectivamente). Ahora bien, las verdaderas condiciones que regirán el vertido autorizado serán determinadas por la Administración competente en cada autorización, de forma individualizada.

71. *Vid.* artículo 101.4 del TRLA.

Por una parte, el apartado segundo del artículo 109 del TRLA prevé, como norma general, que la reutilización de las aguas procedentes de un aprovechamiento requerirá concesión administrativa. Sin embargo, como peculiaridad, establece que "en el caso de que la reutilización fuese solicitada por el titular de una autorización de vertido de aguas ya depuradas, se requerirá solamente una autorización administrativa, en la cual se establecerán las condiciones necesarias complementarias de las recogidas en la previa autorización de vertido".

Respecto a la Administración, tiene como obligación fundamental la de garantizar la compatibilidad permanente de la actividad autorizada con el interés público de tutela ambiental. Para ello, le incumbe no solo el control *ex ante*, sino también el control *ex post* sobre el cumplimiento de las condiciones fijadas en la autorización. Dispone, en primer lugar, de la facultad para revisar las autorizaciones de vertido cuando sobrevengan circunstancias que, de haber existido anteriormente, habrían justificado su denegación o el otorgamiento en términos distintos; cuando se produzca una mejora en las características del vertido o una variación en su volumen y así lo solicite el interesado; y para adecuar el vertido a las normas y objetivos de calidad de las aguas que sean aplicables en cada momento, y, en particular, a las que para cada río, tramo de río, acuífero o masa de agua dispongan los planes hidrológicos de cuenca[72]. Como consecuencia de la revisión practicada, corresponde al Organismo de cuenca acordar la modificación del condicionado de la autorización de vertido que resulte pertinente, mediante resolución motivada y previa audiencia a los interesados. El RDPH establece expresamente que las modificaciones del condicionado no darán lugar a indemnización[73]. Asimismo, en casos excepcionales, por razones de sequía o en situaciones hidrológicas extremas, los organismos de cuenca podrán modificar, con carácter general, las condiciones de vertido a fin de garantizar los objetivos de calidad. Esta modificación tampoco será indemnizable.

En segundo lugar, comprobada la existencia de un vertido no autorizado, o que no cumpla las condiciones de la autorización, el Organismo de cuenca realizará las siguientes actuaciones: incoar un procedimiento sancionador y de determinación del daño causado a la calidad de las aguas; y liquidar el canon de control de vertido, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 del TRLA[74].

72. *Vid.* artículos 104 del TRLA y 261 y 262 del RDPH.
73. *Vid.* artículo 262.2 del RDPH.
74. *Vid.* artículo 105.1 del TRLA.

En tercer lugar, complementariamente, el Organismo de cuenca podrá acordar la iniciación de los siguientes procedimientos: de revocación de la autorización de vertido, cuando la hubiera, para el caso de incumplimiento de alguna de sus condiciones; de autorización del vertido, si no la hubiera, cuando este sea susceptible de legalización; y de declaración de caducidad de la concesión de aguas en los casos especialmente cualificados de incumplimiento de las condiciones o de inexistencia de autorización, de los que resulten daños muy graves en el dominio público hidráulico[75].

En cuarto lugar, la Administración está facultada para efectuar todas las medidas de control e inspección que estime convenientes para comprobar las características del vertido y el rendimiento de las instalaciones de depuración y evacuación.

La legislación vigente también faculta al Organismo de cuenca para "hacerse cargo directa o indirectamente, por razones de interés general y con carácter temporal, de la explotación de las instalaciones de depuración de aguas residuales, cuando no fuera procedente la paralización de las actividades que producen el vertido y se derivasen graves inconvenientes del incumplimiento de las condiciones autorizadas"[76].

Por último, cabe plantear en qué posición queda la Administración autorizante si la realización de vertidos autorizados ocasiona daños a terceros, esto es, si se le puede exigir responsabilidad por los daños provocados por vertidos que cuentan con autorización administrativa. En principio, no puede descartarse completamente la imputación del daño a la Administración cuando este sea causado por una actividad que cumple escrupulosamente la autorización administrativa. Si el daño llega a producirse, significará que la Administración no valoró correctamente los presupuestos normativos al otorgar la autorización o que, estando facultada para ello, no exigió, como medida preventiva, la adopción de medidas correctoras sobre una actividad que devino peligrosa. Por otra parte, en la medida en que la Administración tiene el deber de control, vigilancia e inspección respecto de las actividades sujetas a autorización, con el fin de reducir o eliminar los riesgos que para la colectividad llevan aparejados los vertidos, tampoco puede descartarse *a priori* la existencia de responsabilidad administrativa por *culpa in vigilando* o *in omitendo*, cuando incumpla sus deberes de vigilancia y control.

75. *Vid.* artículo 105.2 del TRLA. *Vid.* también los artículos 105.2 del TRLA y 263.2 y 264 del RDPH.

76. *Vid.* artículos 107 del TRLA y 266.2 del RDPH.

3.2.2.4 Las consecuencias para los entes locales del incumplimiento de sus obligaciones en materia de vertidos. El ejercicio de la potestad sancionadora sobre los entes locales

La realización de vertidos sin autorización, o incumpliendo las condiciones de la autorización, puede desencadenar la aplicación del régimen sancionador regulado en el TRLA y el RDPH. El TRLA contiene una regulación detallada de las infracciones y sanciones administrativas en este ámbito, así como de la competencia para imponerlas, aunque remite al RDPH la ulterior concreción de las conductas sancionables y del procedimiento sancionador[77]. Este régimen sancionador es imprescindible para reaccionar punitivamente ante conductas transgresoras de la normativa aplicable en materia de vertidos y, en particular, frente al incumplimiento de las medidas preventivas, actuando, en consecuencia, como un instrumento garantizador de las determinaciones en ellas contenidas. Además, se complementa con la potestad administrativa de determinación y exigencia de responsabilidad por los daños causados al dominio público hidráulico. En efecto, con independencia de las sanciones que les sean impuestas, "los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, así como a reponer las cosas a su estado anterior", y el órgano sancionador "fijará ejecutoriamente las indemnizaciones que procedan"[78].

En la medida en que los entes locales, como titulares del vertido final de aguas residuales que va de las redes de saneamiento local al dominio público hidráulico, deben obtener la correspondiente autorización de vertido y cumplir escrupulosamente las condiciones especificadas en la autorización, si realizan vertidos sin autorización o incumplen dichas condiciones, podrán ser sancionados por la Administración hidráulica, por ser dichas conductas constitutivas de infracción administrativa y objeto de sanción administrativa, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que el titular del vertido sea una Administración local[79]. Efectivamente, las sanciones entre Administraciones

77. *Vid.* artículos 116 y ss. del TRLA.

78. Artículo 118 del TRLA.

79. El incumplimiento de las obligaciones en materia de vertidos también puede acarrear responsabilidades penales para los alcaldes de los municipios, si se cumplen los requisitos exigidos por el Código Penal. Sirva, a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 6/2016, de 20 de enero de 2016 (Sección 4.ª; ponente: Javier Hernández García), que condena al alcalde del Ayuntamiento de Capçanes, como autor de un delito contra el medio ambiente del artículo 325.1 y 338 del Código Penal. En esta

públicas –sobre todo cuando la incumplidora es una Administración local– se han dado de forma frecuente en materia de vertidos[80]. Con relación a estos supuestos, por un lado, no podemos olvidar que las Administraciones poseen personalidad jurídica y, por lo tanto, son personas jurídicas. Por otro,

ocasión, a través de diversas inspecciones, se comprobó que las aguas residuales procedentes del municipio de Capçanes se vertían de manera directa desde el alcantarillado municipal a la riera de Capçanes, sin que con carácter previo al vertido se realizara ningún tipo de tratamiento de depuración o saneamiento de las aguas residuales. Además, las muestras estudiadas revelaban que se trataba de aguas extremadamente contaminadas. La Audiencia Provincial consideró que el alcalde del Ayuntamiento de Capçanes era conocedor de que las aguas residuales del municipio se vertían directamente al cauce público sin ningún tipo de tratamiento previo, permitiendo y consintiendo estos vertidos, y sin que dispusiera en ningún momento realizar analíticas de control ni estudios medioambientales en relación con los mismos. De ahí su responsabilidad. Y todo ello sin perjuicio de que el saneamiento de las aguas residuales del municipio de Capçanes se encontrara incluido dentro del Plan de Saneamiento de Aguas Residuales Urbanas del año 2005 (PSARU), con previsión de construcción de una EDAR durante el período 2006-2008 (estación depuradora), en aquel momento en fase de ejecución. En otros casos, en cambio, cuando, a pesar de la realización de los vertidos sin depuración previa en un determinado municipio, han quedado demostradas la preocupación de los alcaldes afectados por solucionar esta problemática –a través de gestiones múltiples ante la Administración autonómica– y las imposibilidades administrativas con que se encontraron, se han dictado sentencias absolutorias. Así sucede, por ejemplo, en la Sentencia 163/2012, de 17 de febrero de 2012, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.ª; ponente: Fernando Jerónimo Valle Esqués). En ella, se considera que, aunque se ha producido un vertido contaminante, "no solo no ha quedado suficientemente acreditada la existencia de un 'peligro grave' del mismo para el medio ambiente, lo que es necesario para hablar de una conducta delictiva, sino que el dolo del acusado, habida cuenta de su preocupación por solucionar esta problemática y las imposibilidades administrativas con las que se encontró, tampoco estimamos que concurra de forma tal que colme las exigencias para tener por acreditado el elemento subjetivo del tipo penal objeto de acusación" (FJ 2.º). También en la Sentencia 450/2011, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de junio de 2011 (Sección 2.ª; ponente: José Carlos Iglesias Martín).

80. *Vid.*, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1986 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª; ponente: Federico Carlos Sainz de Robles Rodríguez); de 18 de abril de 1997 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, Sección 3.ª; ponente: Fernando Ledesma Bartret); de 21 de abril de 1997 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, Sección 3.ª; ponente: Segundo Menéndez Pérez); de 12 de mayo de 1997 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, Sección 3.ª; ponente: Segundo Menéndez Pérez); de 15 de junio de 2009 (Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª; ponente: Eduardo Calvo Rojas); de 16 de febrero de 2010 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª; ponente: Jesús Ernesto Peces Morate); de 14 de mayo de 2010 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª; ponente: Pilar Teso Gamella); y de 8 de junio de 2012 (Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª; ponente: Rafael Fernández Valverde).

las técnicas de intervención examinadas también resultan aplicables a las propias Administraciones públicas –así, por ejemplo, la obligación de obtención de autorización previa de vertido–. De ahí que, en caso de incumplimiento, puedan, al igual que cualquier otra persona física o jurídica, resultar sancionadas.

Existen numerosos ejemplos en la jurisprudencia de sanciones impuestas a entidades locales (municipios, mancomunidades…) en materia de vertidos por realizar vertidos no autorizados o incumpliendo las condiciones establecidas en la autorización de vertido, acompañadas de las correspondientes cuantías en concepto de indemnización por daños al dominio público hidráulico[81]. Se trata, como apunta Ruiz de Apodaca Espinosa, de una "patología de las entidades locales respecto a sus obligaciones en la protección del dominio público hidráulico"[82].

En efecto, encontramos un gran número de sentencias de las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y de la Audiencia Nacional, que resuelven los recursos interpuestos por entidades locales frente a sanciones que les han sido impuestas por la Administración hidráulica en materia de vertidos. Los argumentos de defensa utilizados por los entes locales ante los tribunales para intentar conseguir la anulación de las correspondientes sanciones administrativas son muy variados, como tendremos ocasión de apuntar a continuación. Sin embargo, con carácter general, y salvo alguna excepción, suelen ser desestimados, confirmándose por parte de los tribunales la responsabilidad de los entes locales sancionados[83].

Uno de los argumentos inicialmente utilizados por los entes locales para evitar la correspondiente sanción consistió en argumentar que la Directiva 91/271/CEE aún estaba en proceso de implementación, estando pendiente la ejecución, dentro de los plazos por ella establecidos, de algunas obligaciones. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en varias sentencias de 18 y 21 de abril y de 12 de mayo de 1997[84], no acoge estos argumentos y

81. Así lo pone de manifiesto Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, "Las obligaciones…", cit., p. 462.

82. Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, "Las obligaciones…", cit., p. 464.

83. *Vid.*, sobre esta cuestión, Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, "Las obligaciones…", cit., pp. 462-474.

84. Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1997 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, Sección 3.ª; ponente: Fernando Ledesma Bartret); de 21 de abril de 1997 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, Sección 3.ª; ponente: Segundo Menéndez Pérez); y de 12 de mayo de 1997 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, Sección 3.ª; ponente: Segundo Menéndez Pérez).

rechaza la tesis de los ayuntamientos de Lasarte, Oyarzun y Elgoibar de inaplicación hasta el año 2000 de esta Directiva. En su opinión, no cabe acoger esta tesis:

> *[…] habida cuenta la indiscutible aplicabilidad de las normas de la Ley de Aguas y del R.D.P.H. a que nos venimos refiriendo. Lo cierto y verdadero es, finalmente, que hasta el propio Ayuntamiento ha reconocido la realidad de los hechos, que para esos hechos la Ley de Aguas y el R.D.P.H. prevén la sanción e indemnización que han sido impuestas*[85].

Un segundo argumento al que han recurrido algunos ayuntamientos ha sido derivar a la Administración autonómica la competencia de depuración de las aguas residuales urbanas. Así lo hace, por ejemplo, el Ayuntamiento de Pastrana, que pone en cuestión la multa impuesta por la Confederación Hidrográfica del Tajo, entre otros motivos, por ser competencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la depuración de las aguas residuales urbanas conforme a la Ley 12/2002, de 27 de junio, reguladora del ciclo integral del agua de Castilla-La Mancha. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia 265/2013, de 19 de marzo de 2013[86], considera lo siguiente (FJ 5.º):

> *[…] lo cierto es que cualquiera que sea la infraestructura de la que se disponga, las entidades locales tienen atribuida la competencia para la recogida y tratamiento de residuos y tratamiento de aguas residuales […]. Es precisamente dicha competencia municipal la que sustenta las fórmulas de colaboración entre las distintas Administraciones, si bien los acuerdos a que hubiere llegado o la falta de planificación o previsión para el tratamiento de aguas residuales, no eximen al Ayuntamiento recurrente de cumplir con las responsabilidades que conforme a la Ley de Aguas tiene atribuidas, sustrayéndose al régimen sancionador en ella previsto.*

Un tercer argumento utilizado por las entidades locales infractoras consiste en alegar la ausencia de relación de causalidad, por prestarse el servicio de saneamiento en régimen de gestión indirecta, y entender el ente local que los hechos solo son imputables a la empresa concesionaria de la gestión del servicio de depuración de aguas residuales. Sin embargo, este argumento no es acogido por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de

85. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1997, citada en nota anterior, FJ 2.º.

86. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de marzo de 2013 (Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª; ponente: Carmen Álvarez Theurer).

2014[87], que confirma una sanción impuesta al Ayuntamiento de Tarancón (Cuenca) de 361 789,17 euros, y la obligación de indemnizar los daños ocasionados al dominio público, por importe de 183 648,96 euros[88].

Más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en la Sentencia 485/2016, de 13 de junio de 2016[89], tampoco acoge la alegación del Ayuntamiento de Lorca de que no es responsable de la infracción, por haber delegado en la Entidad Regional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales (ESAMUR) el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de los vertidos realizados al sistema de saneamiento.

Un cuarto argumento gira en torno a la vulneración del principio de culpabilidad, por entender los entes locales que no ha existido, al efectuar los vertidos, la falta de diligencia necesaria y que, en consecuencia, no concurre la necesaria culpabilidad. En unos casos, se ha tratado de derivar la ausencia de culpabilidad de la circunstancia de ser otras Administraciones públicas (la estatal o la autonómica) las que contaban con el deber de construir las correspondientes depuradoras y que lo han ido postergando, pese a su declaración de interés general y la reiteración e insistencia del ayuntamiento sancionado para proceder a su construcción; y de la circunstancia de haber arbitrado el ayuntamiento, ante la ausencia de la depuradora, medios o medidas provisionales para los vertidos, con pleno conocimiento de la Comisaría de Aguas. Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha admitido esta argumentación. Así, en la Sentencia de 31 de octubre de 2007, confirma la sanción impuesta al Ayuntamiento de Alcázar de San Juan y la indemnización por daños causados al dominio público hidráulico, al considerar que, frente al incumplimiento de competencias por parte del Ayuntamiento:

87. Sentencia de 28 de marzo de 2014 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: María del Pilar Teso Gamella), FJ 7.º.

88. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 18 de mayo de 2007 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente: Leonor Alonso Díaz-Marta), FJ 4.º. *Vid.,* también, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2011 (Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ponente: María Luz Lourdes Sanz Calvo), FJ 3.º; y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 542/2016, de 10 de noviembre de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª, ponente: Rafael Villafáñez Gallego), FJ 5.º.

89. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 13 de junio de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente: Abel Ángel Sáez Doménech), FJ 1.º. En idéntico sentido, la Sentencia de este mismo Tribunal Superior de Justicia de 10 de octubre de 2016 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente: Mariano Espinosa de Rueda Jover), FJ 4.º.

> *[…] no puede oponerse la existencia de una diferencia con la Administración estatal en orden a la financiación de la obra de tercera potabilizadora, ni, por otra parte, la realización de obras provisionales, pues tales actuaciones no alteran la actuación tipificada como infracción, cual es el vertido de aguas no tratadas, que llegan al cauce público, con los perjuicios para el mismo que han sido valorados en la Orden sancionadora. Pues bien, esta falta de diligencia en la gestión competencial, y los consiguientes vertidos configuran el elemento culpabilístico de la infracción administrativa que resulta imputable al Ayuntamiento recurrente, ya que la infracción de la norma […] se ha cometido a sabiendas de la ilicitud de la conducta que, sin embargo, el Ayuntamiento consideró preferible al cumplimiento de sus obligaciones legales*[90].

En otros casos, se ha argumentado por parte de las entidades locales, para eludir su responsabilidad, que los vertidos no han sido realizados por ellas ni son imputables a su actividad, sino a terceras personas causantes de vertidos indirectos no autorizados. Se alega, de este modo, por los ayuntamientos infractores que el vertido ilegal se produce como consecuencia de vertidos no autorizados a las redes de saneamiento local, por lo que no es imputable a la entidad local, sino a la industria causante del vertido indirecto, que, en muchas ocasiones, hace que el tratamiento final de tales aguas residuales en la estación depuradora de aguas residuales correspondiente sea

90. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007 (Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, ponente: Rafael Fernández Valverde), FJ 2.º. En una línea similar, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de noviembre de 2012 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente: Ascensión Martín Sánchez) destaca que "la culpabilidad se desprende del hecho de que corresponda al Ayuntamiento la obligación legal de depurar las aguas (art. 25. 2 l LBRL 7/1985), sin que pueda hacer dejación de sus funciones por el hecho de que concurran otras Administraciones en su auxilio, con lo que existe título de imputación suficiente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 130 de la Ley 30/1992" (FJ 1.º). También la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de enero de 2013 (Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, ponente: Rosario Vidal Mas) señala que la competencia municipal se conserva sea cual sea la evolución fáctica y normativa, y "la existencia de dicho Convenio no exonera al Ayuntamiento de sus obligaciones ni le priva de sus competencias por tanto, si considera que la falta de la ampliación de la EDAR es determinante de los hechos de autos, tiene sus acciones al respecto y destacable es que la negligencia que invoca de estas Administraciones se corresponde con la propia ya que ninguna actuación ha podido acreditar en reclamación de su cumplimiento puesto que incide, como hemos visto, en el marco de sus competencias y no solo esto sino que estima de tal trascendencia, según sus propias alegaciones, que le hace inviable su adecuado cumplimiento" (FJ 2.º).

inútil, y conlleva la realización de un vertido contaminante por parte de la entidad local titular del servicio[91]. Sin embargo, el Tribunal Supremo tampoco ha acogido estos argumentos y niega que sean los responsables los industriales instalados en el término municipal[92].

Argumentos similares han sido utilizados por otras Administraciones locales, como mancomunidades y consorcios. Así, en el caso que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009[93], la Mancomunidad de Municipios Juncaril argüía, con motivo de la imposición de una sanción de 558 000 euros impuesta por el Consejo de Ministros y de la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico por un importe de 83 756,41 euros, que no podía imputársele responsabilidad alguna a la Mancomunidad por no ser la titular de la red de saneamiento, que corresponde a los ayuntamientos, ni de los vertidos que se sancionan, realizados por las empresas del polígono Juncaril. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima tales motivos y considera que hay responsabilidad de la Mancomunidad, que gestiona el servicio público de saneamiento[94].

En cuanto al principio de culpabilidad, hasta el momento, los tribunales, por aplicación del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, han considerado que la responsabilidad de los entes locales lo es aun a título de simple inobservancia. Así lo han hecho los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autóno-

91. *Vid.* Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, "Las obligaciones…", cit., p. 463.

92. *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010 (Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, ponente: María del Pilar Teso Gamella), FJ 5.º. En idéntico sentido, *vid.* las sentencias de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2011 (Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ponente: María Luz Lourdes Sanz Calvo), FJ 3.º; y de 8 de septiembre de 2011 (Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ponente: José Guerrero Zaplana), FJ 3.º. En cambio, mantiene un criterio diferente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (sede Cáceres) de 17 de febrero de 2011 (Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ponente: Elena Concepción Méndez Canseco), FJ 3.º.

93. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009 (Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, ponente: María del Pilar Teso Gamella).

94. *Vid.* FJ 4.º de la Sentencia citada en nota anterior. En términos similares, aunque en relación con un consorcio creado por diversas entidades locales que le atribuyen la conservación, administración, mejora y explotación de las instalaciones locales municipales de abastecimiento y distribución de agua potable, así como de alcantarillado, saneamiento y depuración de aguas negras, de los municipios consorciados, *vid.* la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Sevilla) de 16 de septiembre de 2010 (Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, ponente: Pablo Vargas Cabrera).

mas[95]. También el Tribunal Supremo, aunque en relación con un caso de sanción impuesta a un ayuntamiento por la ejecución de obras en el dominio público hidráulico sin contar con la autorización necesaria, se ha pronunciado en su Sentencia de 23 de abril de 2013 sobre el alcance de lo dispuesto en el artículo 130.1. En su opinión, este precepto permite abrir la responsabilidad no solo a quienes materialmente realicen los hechos constitutivos de infracción administrativa, "sino también para quienes hubieran dejado de cumplir un deber jurídico que el ordenamiento les imponga y cuya observancia o cumplimiento hubiera podido impedir la conducta infractora o su continuación", como sucedía en el caso de autos con el Ayuntamiento[96].

Sin embargo, actualmente, derogada ya la Ley 30/1992, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, ha introducido cambios en esta materia. Con arreglo a su artículo 28.1, "Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa". Desaparece, por tanto, del texto de la Ley la expresión "aun a título de simple inobservancia", y solo se reconoce la responsabilidad "a título de dolo o culpa"[97].

95. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de junio de 2014 (Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª, ponente: Francisco Rosas Carrión), se afirma que "para que el vertido le sea imputable al Ayuntamiento de Las Rozas no es preciso que haya tenido la efectiva intencionalidad de realizarlo, puesto que el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 declara expresamente que se sancionará por la comisión de infracciones a los *'responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia'*, lo que en el caso presente permite apreciar una conducta negligente del Ayuntamiento sancionado, aunque fuese por omisión, por la falta del cuidado y atención debidos para el adecuado funcionamiento de los elementos de la red municipal de saneamiento y para la evitación de vertidos no autorizados, culpa *'in vigilando'* que permite la atribución de responsabilidad pese a la ausencia de malicia o de intención en la producción del hecho sancionado" (FJ 3.º).

96. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2013 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Segundo Menéndez Pérez), FJ 4.º.

97. Sobre las novedades aportadas en este punto por la Ley 40/2015, *vid.* Fernández Burgueño, Borja, "El principio de responsabilidad en la potestad sancionadora de la Administración pública bajo la Ley 40/2015: un retroceso en las garantías constitucionales 'a título de dolo o culpa' o quizá de 'simple inobservancia'", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 186, 2017, pp. 291-319.

Por último, en alguna ocasión los ayuntamientos infractores también han alegado, para desvirtuar su responsabilidad, la infracción del artículo 100 del TRLA, al considerar que no se realiza ningún vertido en el sentido previsto en ese precepto, pues el agua salida de la estación depuradora de aguas residuales es tratada con la intención de contaminar lo menos posible. Así lo hace el Ayuntamiento de Almendralejo en el recurso de casación presentado frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2010, que confirma la resolución recurrida (una sanción de multa de 240 000 euros y la obligación de indemnizar por los daños causados al dominio público hidráulico en la suma de 44 870,19 euros, impuesta por la ministra de Medio Ambiente), salvo lo referido a la imposición de la multa, que se fija en 150 000 euros, manteniéndose el resto de dicha resolución. Al resolver este recurso, el Tribunal Supremo considera que, al estar acreditado que se ha realizado el vertido superando los límites fijados en la autorización de vertido concedida al Ayuntamiento recurrente, no se ha vulnerado por la sentencia de instancia el artículo 100 del TRLA[98].

El análisis jurisprudencial realizado pone de manifiesto la inobservancia por parte de muchas Administraciones locales de la diligencia mínima exigible en el control de los vertidos realizados a redes de saneamiento[99]. Sin embargo, los tribunales insisten en recordar las competencias y las obligaciones de las entidades locales de contar con la correspondiente autorización de vertido, de acuerdo con un plan de saneamiento y de control de vertidos a la red de saneamiento local, y de controlar los vertidos a las redes de saneamiento local para evitar que el vertido final a cauce público supere los valores límite de emisión establecidos en la autorización de vertido. A la vista de lo expuesto, puede concluirse, siguiendo a Ruiz de Apodaca Espinosa, que "ninguna excusa es válida ante los tribunales del orden contencioso-administrativo desde el punto de vista de exclusión de la responsabilidad asignada *ex lege* en relación con las obligaciones que las entidades locales tienen respecto al control de los vertidos realizados a sus sistemas de saneamiento ya sean gestionados por mancomunidades, consorcios o empresas concesionarias"[100].

98. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 (Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, ponente: Rafael Fernández Valverde), FJ 4.º.

99. Así lo pone de manifiesto Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, "Las obligaciones…", cit., p. 464.

100. Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel María, "Las obligaciones…", cit., p. 473.

Contaminación y tratamiento del agua: el papel de los concesionarios de servicios de saneamiento en el control de los vertidos a la red municipal

Jesús Conde Antequera
Universidad de Granada

1. **Introducción**
2. **Ordenación y control de los vertidos indirectos a la red de saneamiento**
3. **La participación de las entidades concesionarias de los servicios municipales de saneamiento de aguas residuales en el control municipal de los vertidos indirectos**
4. **La necesidad de colaboración de las entidades concesionarias de servicios municipales de saneamiento en la actividad de control e inspección de los vertidos indirectos**
5. **Conclusiones: las posibilidades de participación o colaboración de los concesionarios en las actividades de control e inspección**
6. **Bibliografía**

Resumen

La competencia administrativa de tratamiento de aguas residuales conlleva implícita la potestad de control de los vertidos indirectos a la red municipal de saneamiento. La modalidad de gestión de los servicios municipales de saneamiento más generalizada en la actualidad es la gestión indirecta, a través de concesionarios, principalmente privados. En la práctica, pues, es habitual que esas empresas concesionarias co-

laboren en las actuaciones de inspección necesarias para el ejercicio de dicho control, a efectos del otorgamiento de autorizaciones de vertido o de vigilancia del cumplimiento efectivo de la legalidad de los vertidos, e incluso que desarrollen efectivamente dichas actividades, lo cual plantea una problemática importante respecto a la validez de sus actuaciones que, a veces, implican el ejercicio de potestades administrativas. Con este trabajo pretendemos delimitar dicha problemática, y plantear las posibilidades de participación o colaboración de los concesionarios en las actividades municipales que concretan el control administrativo sobre los particulares usuarios de los servicios de tratamiento.

Palabras clave: *servicio de tratamiento de aguas; saneamiento; aguas residuales; vertidos indirectos; concesión administrativa; remunicipalización; potestades administrativas; inspección y control; autorizaciones de vertido; declaraciones responsables; actividad de comprobación; colaboración público-privada*.

Water pollution and its treatment: the role of concessionaries of water treatment services in the control of municipal waste

Abstract

The administrative competence over waste water treatment implies the power to control the indirect discharge in the municipal sewage network. Normally, this network is managed by private concessionaries. In practice, therefore, it is common that private companies collaborate in this control activity through the issue of waste authorizations or the effective control of the legality of waste, even they may develop directly these activities. This situation entails serious dangers regarding the validity of these actions because sometimes they imply administrative powers or prerogatives. First, this article pursues to determine the scope of the challenges in this field and, second, it explores the possibilities regarding the participation or collaboration of concessionaries in municipal activities which are the exercise of true administrative powers over the individuals/customers of the water treatment services.

Keywords: water treatment services; water treatment; waste water; indirect discharge; administrative concession; remunicipalization; administrative

powers or prerogatives; inspection and control; waste authorizations; administrative affidavit; administrative control; public-private collaboration.

1
Introducción

La incorporación de los particulares a la gestión pública tiene una de sus principales manifestaciones en el ámbito de la prestación de servicios públicos, especialmente a través de las fórmulas de gestión indirecta[1].

En el caso del servicio municipal de evacuación y tratamiento de aguas residuales (que denominaremos, en adelante, de saneamiento), en 2016 este se desarrolló a través de la gestión indirecta para más del 58 % de la población española, frente al 42 % que recibió el servicio en régimen de gestión directa. Principalmente, la fórmula empleada dentro de esta modalidad de gestión indirecta es la concesión administrativa a empresas privadas (43 %) o empresas mixtas[2] (15 %), y, según los estudios realizados por la

1. Según el artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pueden determinarse cuatro modalidades de gestión indirecta perfectamente diferenciadas: a) la concesión; b) la gestión interesada; c) el concierto, y d) la sociedad de economía mixta. Este Texto Refundido ha sido recientemente derogado por la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, que entrará en vigor el próximo día 9 de marzo de 2018, y que va a suponer la desaparición de la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el referido artículo 277, si bien se mantiene la posibilidad de la gestión indirecta de servicios públicos a través del contrato de concesión de servicios definido en el artículo 284 de dicha Ley.

2. La reforma de la Ley de contratos de 28-12-1999 resolvió la duda acerca de si la prestación de un servicio a través de una sociedad mixta podría considerarse como gestión directa y no requerir contrato de concesión. Queda claro hoy día que solo se excluye de la necesidad del contrato administrativo a las sociedades con capital 100 % público. De este modo, encontramos multitud de ejemplos de ciudades españolas importantes que han suscrito un contrato de concesión con empresas mixtas, como Alicante, Granada o Murcia. Sobre sus ventajas, *vid.* Molina Giménez, *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberalizador*, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 320, donde expone lo positivo de esta gestión y justifica la importante rebaja de costes que supuso el cambio a esta forma de gestión en Murcia. También, respecto a las oportunidades de la concesión como modalidad de gestión de los servicios públicos, *vid.* Tornos Mas, "Los contratos de colaboración público privada en la gestión de los servicios públicos del agua", en Benito

Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamiento (AEAS), son los municipios de menor tamaño en cuanto a población (hasta 100 000 habitantes) los que mayoritariamente han elegido el modelo de concesión administrativa a empresas privadas[3]. Por lo tanto, aunque en general podemos observar un período de tendencia a la gestión directa de los servicios municipales de abastecimiento de agua potable (la mal llamada "remunicipalización" del servicio)[4], respecto al servicio de saneamiento la tendencia parece ser la contraria.

Al debate sobre las ventajas o desventajas de esta llamada "remunicipalización" hemos de añadir actualmente los planteamientos que hace la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL, en adelante), determinantes de una reducción de la discrecionalidad administrativa en la elección de la forma de prestación de los servicios públicos locales con base en los principios de

López (dir.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 58 a 61.

3. Datos todos ellos ofrecidos por AEAS en su página web y publicados en el XIV Estudio Nacional de Suministro de Agua Potable de Saneamiento en España, realizado por AEAS-AGA en 2016 y consultable en http://www.aeas.es/servlet/mgc?pg=ListSurveys&ret=next&surveyCategory=Past%20Encuestas&surveyId=23&areaCode=publicarea. Se trata de un estudio bastante significativo, ya que abarca el 100 % de los municipios de más de 100 000 habitantes y cerca del 80 % de municipios entre 20 000 y 100 000 habitantes. Además, según estos estudios realizados por AEAS, en los municipios de menos de 100 000 habitantes, es la empresa privada la que predomina, llegando a un 60 % de los casos en municipios de entre 20 000 y 10 000 habitantes.

4. Por remunicipalización de los servicios se entiende aquella actuación desarrollada por un organismo público tendente a recuperar la gestión directa de servicios públicos que hasta el momento venia gestionando de forma indirecta a través de entes privados o sociedades de carácter mixto. Así, la remunicipalización, también llamada reinternalización, no supone la creación de un nuevo servicio. Véase al respecto el artículo del profesor Tornos Mas publicado en el número 58-59 de la revista *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, febrero-marzo 2016. Asimismo, véase al respecto el informe *Llegó para quedarse: La remunicipalización del agua como tendencia global*, publicado por el *Transnacional Institute* (TNI), la Unidad de Investigación de la Internacional de Servicios Públicos (PSIRU) y el *Multinational Observatory*. Con este informe se quiere poner de relieve que la remunicipalización de los servicios es una tendencia en alza para la integridad del ciclo del agua, tanto para el suministro de las áreas urbanas como para el saneamiento y la depuración de vertidos. Puede obtenerse en https://www.tni.org/files/download/heretostay-es.pdf. Así, en el ámbito de la gestión de los servicios del agua, se observa una reducción del porcentaje de entidades que prestan indirectamente el servicio de abastecimiento de agua potable, que pasó de un 46 % en 2008 a un 32 % en 2016.

sostenibilidad financiera y de eficiencia, configurando dicha elección más bien como un supuesto de discrecionalidad técnica, al fundamentar la decisión acerca de la adopción de la forma de gestión de estos en presupuestos técnicos basados en el coste de los servicios y en criterios económicos y de eficiencia. La consecuencia, de este modo, es que, en el ámbito local, solo se podrán prestar los servicios municipales a través de fórmulas de gestión indirecta cuando se acredite que el coste de prestación sea inferior al que correspondería en caso de gestión directa, y viceversa. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL, en adelante), en su actual redacción dada por la referida Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).

En cualquier caso, parece que esta tendencia a la gestión indirecta del servicio de saneamiento, contraria a las corrientes remunicipalizadoras, es debida, sobre todo, al eminente carácter técnico de muchas actuaciones de dicha gestión, entre las que se incluyen las relacionadas con la actividad de control de los vertidos de aguas residuales generadas en el ámbito urbano a la red municipal, con carácter previo a su vertido final al dominio público hidráulico. Y dicho carácter técnico es el que hace difíciles de abordar determinadas cuestiones relativas al desenvolvimiento efectivo de dichos servicios a través de los propios medios municipales, e impone la necesidad de colaboración privada especializada para su eficaz prestación; principalmente, desde la perspectiva de la disciplina de esos vertidos de aguas residuales a las redes municipales. Estas características condicionan así, incluso, los planteamientos de la LRSAL, al integrar también este aspecto técnico en el contenido del concepto de "eficiencia", junto al criterio económico.

Sobre este marco, nos planteamos pues la necesidad de valorar la naturaleza, legitimidad y límites de la participación de los concesionarios públicos en los aspectos disciplinarios relacionados con el servicio de saneamiento de aguas, especialmente en materia del ejercicio de las actividades de control de vertidos, con el objetivo de revisar la adecuación a derecho de la tendencia observada al apoderamiento de las empresas concesionarias, en la práctica, para el ejercicio de los actos de autoridad que supone la disciplina de los vertidos; especialmente en cuanto a las autorizaciones de vertidos a la red municipal de saneamiento y a las actuaciones de inspección sobre los vertidos, ya sean estos autorizados o ilícitos. Asimismo, desde otra perspectiva de dicha actividad de control, también hemos de analizar el posible papel de estas empresas concesionarias en el ejercicio de las actividades de control a posteriori de la presentación de comunicaciones o declaraciones responsables, en los supuestos en que así

se están admitiendo actualmente en determinadas ordenanzas municipales, con ocasión de la actual tendencia a la simplificación administrativa en el ámbito de dicha actividad de control; o el posible papel de estas entidades en aquellos ámbitos en los que pudiera tener cabida en nuestro ordenamiento esa actividad de control a posteriori, derivada de la sustitución de las autorizaciones de vertidos por comunicaciones o declaraciones responsables.

2
Ordenación y control de los vertidos indirectos a la red de saneamiento

El principio básico del que parte nuestro ordenamiento jurídico para la ordenación de los vertidos al dominio público hidráulico es su prohibición con carácter general, y así se dispone expresamente en el artículo 100.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLA), y el 245.2 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH)[5], salvo la oportuna autorización previa de estos. De ello, deducimos una serie de consecuencias:

En primer lugar que, por lo tanto, no se reconoce *ab initio* un derecho de las personas a realizar vertidos al dominio público hidráulico, y, en consecuencia, la autorización previa de los mismos no se limitaría a declarar o reconocer tal derecho una vez constatado el cumplimiento de determinados requisitos para su ejercicio, como es el caso de la mayoría de las autorizaciones reguladas en nuestro ordenamiento jurídico[6], sino que, en este caso,

5. Dispone este precepto que "queda prohibido con carácter general el vertido directo o indirecto de aguas y productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, salvo que se cuente con la previa autorización. Dicha autorización corresponde a la Administración hidráulica competente, salvo en los casos de vertidos efectuados en cualquier punto de la red de alcantarillado o de colectores gestionados por las Administraciones autonómicas o locales o por entidades dependientes de las mismas, en los que la autorización corresponderá al órgano autonómico o local competente".

6. En este sentido, García-Trevijano Fos, *Los actos administrativos*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1991, pág. 249, habla así de "autorización-concesional". Casado Casado, *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativa*, Comares, Granada, 2004, págs. 386 y ss., la considera un acto híbrido que, si bien no es una verdadera concesión, es algo más que una autorización.

la autorización da origen al derecho a realizar el vertido[7]. Se trata, por lo tanto, de autorizaciones constitutivas y operativas que corresponde otorgar a diferentes órganos en función de la naturaleza o forma del vertido[8]. Hemos de considerar, por lo tanto, que, en este ámbito, no es posible la sustitución de la autorización por las comunicaciones o declaraciones responsables como alternativas de control administrativo de la procedencia de los vertidos, puesto que es una norma con rango de ley la que ha previsto la autorización como forma de control de unos vertidos al dominio público que han de entenderse como excepcionales a ese principio general de prohibición de vertidos.

Será, por lo tanto, el órgano administrativo competente en cada caso quien deba valorar si procede o no excepcionar tal regla general de la prohibición de vertidos a través de la oportuna "autorización". Así, la autorización para efectuar vertidos directos es competencia de los organismos de cuenca ("Administración hidráulica competente", según dicción del apartado 2 del artículo 101 TRLA), mientras que, en el caso de los vertidos indirectos (los efectuados a la red de alcantarillado o de colectores gestionados por las Administraciones autonómicas o locales o por entidades dependientes de las mismas), la autorización corresponde al órgano autonómico o local competente (artículos 101.2 TRLA y 245.2 RDPH)[9], si bien el Real Decreto 606/2003 exige un informe vinculante de los organismos de cuenca en el caso de que estos vertidos presenten una especial incidencia[10]. Asimismo, el Reglamento del Dominio Público Hidráulico prevé la existencia de "entidades colaboradoras" de los organismos de cuenca en las actividades de control, respecto de las que hemos de advertir que no se trata de empresas "concesionarias" de un servicio público, que ejercen las funciones de los

7. *Vid.* Embid Irujo, A., "La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua", en Embid Irujo (dir.), *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 80.

8. Sobre esta naturaleza operativa de la autorización véase, por ejemplo, la STS 13-4-2000 (Ar. 3857) o la STS 3-5-1994 (Ar. 4106). Según estas, el acto autorizatorio no se agota con su emisión, sino que el ente público cumple una función de vigilancia respecto a la actividad autorizada a lo largo del tiempo, lo que aproxima estas autorizaciones a la figura de la concesión.

9. Redacción por Real Decreto 606/2003, 23 mayo. Sobre las competencias locales en materia de aguas, véase González-Antón Álvarez, *El uso del agua por las Administraciones locales*, Cedecs, Barcelona, 2000, págs. 168 y ss.

10. Sin perjuicio de la reflexión crítica que se podría hacer sobre si el carácter vinculante del informe realmente supone un control competencial por parte de la Administración hidráulica estatal.

organismos de cuenca en virtud de un contrato administrativo, sino que son entidades normativamente previstas a las que se encarga esa misión de colaborar con los órganos a los que se atribuyen tales competencias autorizatorias[11].

Entre estas autorizaciones nos interesa ahora resaltar las que se otorgan a los ayuntamientos para los vertidos de las aguas residuales generadas en el ámbito municipal al dominio público hidráulico, directamente o desde los colectores municipales, que implican la obligación municipal de tratar y depurar las aguas vertidas en el ámbito urbano a la red de saneamiento interna municipal, antes de proceder a dicho vertido general a los cauces de ríos u otros bienes de dominio público receptores (artículo 101.5 TRLA)[12]. Estos vertidos entrarían, por lo tanto, en el concepto de vertidos indirectos a que se refiere el artículo 245.1 del RDPH. Posteriormente, y tras el tratamiento que dichos ayuntamientos han de dar a tales aguas residuales internas recolectadas, se producirá un segundo control previo de las mismas cuando son devueltas por los ayuntamientos al dominio público hidráulico (en tal caso, un vertido directo). Por lo tanto, una vez autorizados los ayuntamientos para realizar el vertido al dominio público hidráulico, estos son los legalmente competentes y responsables de gestionar los vertidos indirectos previos de los usuarios municipales a la red de saneamiento, que luego deberán tratar antes de producirse el vertido conjunto al dominio público hidráulico conforme a la autorización otorgada a tales ayuntamientos. Se produce así un doble control administrativo a través del instrumento autorizatorio, que, en nuestra opinión, podría ser desproporcionado. Quizá, como luego veremos, la autorización del vertido directo fuera suficiente para garantizar la finalidad de su regulación en el TRLA, pudiendo sustituirse la

11. Art. 255.1 RDPH: "Son entidades colaboradoras las que, en virtud del título correspondiente, están habilitadas para las labores de apoyo a la Administración hidráulica en materia de control y vigilancia de la calidad de las aguas. Constituirá la actividad fundamental de estas entidades la certificación de los datos a que se refiere el artículo 101.3 del texto refundido de la Ley de Aguas". El régimen jurídico de estas entidades colaboradoras con la Administración hidráulica en materia de control y vigilancia de la calidad de las aguas y gestión de los vertidos al dominio público hidráulico, se desarrolló mediante la Orden MAM/985/2006, de 23 de marzo, en cuyo artículo 3.2 se establecen las actividades que dichas entidades pueden desarrollar en el ámbito de la gestión del dominio público, exclusivamente de apoyo a la Administración hidráulica.

12. Hemos de resaltar que, por incumplimiento de estos deberes, la Comisión Europea ha abierto a España más de 800 causas, algunas de las cuales han llegado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

autorización municipal del vertido indirecto por otros instrumentos de control menos restrictivos.

Por lo que respecta a estos vertidos indirectos y a las competencias locales en materia de los mismos, hemos de referirnos a la consideración que hace la LBRL de los servicios de alcantarillado, evacuación y tratamiento de aguas residuales como servicios públicos locales de prestación obligatoria [artículo 26.1.a) y 26.2 b) de la LBRL]. Estos servicios y el tratamiento de las aguas residuales urbanas han sido objeto de regulación específica, a raíz de la Directiva 91/271/CEE sobre tratamiento de las aguas residuales urbanas, por el Real Decreto-ley 11/1995, de 28 diciembre, por el que se establecen las normas sobre tratamiento de aguas residuales urbanas.

Si retomamos los datos mencionados facilitados por AEAS, recordaremos que la forma de gestión del servicio municipal de tratamiento de aguas residuales que mayoritariamente se ha adoptado (especialmente en municipios de menos de 100 000 habitantes) era la gestión indirecta, con tendencia incluso a una generalización de esta forma de gestión, sin perjuicio de las últimas tendencias "remunicipalizadoras" comentadas respecto a la gestión del servicio de abastecimiento; y, dentro de las formas de gestión indirecta, la concesión administrativa a empresas privadas hemos dicho que es la fórmula más utilizada.

Entre las actividades inherentes a la prestación de este servicio, nos interesa ahora destacar, específicamente, las actividades de ordenación y control municipal de los vertidos a la red municipal de saneamiento, y las cuestiones derivadas de la gestión indirecta –a través de concesionarios– de tales actividades de control.

En atención a estas competencias mencionadas, y conforme se ha indicado anteriormente, si el vertido se produce en cauces de saneamiento a poblaciones, corresponde habitualmente a su ayuntamiento la autorización[13], y así se ha corroborado jurisprudencialmente[14], sin que en el TRLA ni en la legislación local, o en la normativa específica sobre tratamiento de aguas

13. En este sentido, anteriormente la Orden de 23 de diciembre de 1986 (actualmente derogada) dictó normas complementarias en relación con las autorizaciones de vertido de las aguas residuales.

14. Por ejemplo, en el Fundamento Jurídico 10 de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 1999 (ponente Requero Ibáñez) se reconocen las facultades de los municipios en relación con la autorización de vertidos a la red municipal de saneamiento.

residuales urbanas, encontremos previsión alguna que convierta en excepción a la figura de la autorización administrativa.

Por otro lado, es interesante destacar también, a efectos de lo que posteriormente se dirá, que las autorizaciones de vertidos al dominio público hidráulico se otorgan con un plazo de caducidad (su vigencia es de 5 años, según dispone el artículo 101.3 TRLA), lo que requerirá un nuevo procedimiento autorizatorio para su "renovación" una vez cumplido dicho plazo; es decir, se deberá tramitar un nuevo procedimiento administrativo de control y una nueva comprobación, por parte de la Administración competente, de las circunstancias concretas y del cumplimiento de la normativa de calidad de las aguas y objetivos ambientales exigibles en cada momento, a efectos de poder seguir realizando los vertidos anteriormente autorizados.

Finalmente, la atribución de la competencia sobre los vertidos conlleva también la asignación a dichas Administraciones de las potestades de control o disciplina y de programación. E inherente a esta potestad disciplinaria y de programación es la potestad sancionadora, por lo que la gestión del servicio ha de conllevar la realización de actividades de disciplina respecto a los usuarios del mismo. Así se corrobora, por ejemplo, por el Tribunal Supremo, que considera la atribución a los ayuntamientos de la potestad sancionadora sobre la base de las competencias en materia de salubridad pública, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales[15]. Y esta potestad les permite incorporar a los reglamentos correspondientes sobre la gestión de estos servicios la tipificación de infracciones en la materia, en las condiciones y con los límites que establece el artículo 139 de la LBRL[16].

De este modo, respecto al servicio municipal de tratamiento de las aguas residuales, las actividades disciplinarias ejercidas por los municipios (que necesariamente será tanto un control previo como continuado y también posterior a la realización de los vertidos) serán, principalmente:

15. *Vid.* STS 24-11-1987, ponente Mariano de Oro-Pulido y López (Ar. 9302), o STS 7-10-1992 (Ar. 7767), sobre las competencias en relación con los vertidos indirectos, que reconocen a los municipios facultades de policía administrativa, como potestad sancionadora, sobre la base de sus competencias sobre salubridad pública, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. Véase al respecto Casado Casado, *Los vertidos en aguas continentales*, Comares, Granada, 2004, pág. 195.

16. Según este precepto, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local, las entidades locales pueden tipificar infracciones y sanciones en determinadas materias mediante ordenanzas, siempre y cuando no exista normativa sectorial al respecto y sea necesario para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos.

1. El control previo a la realización de vertidos mediante el otorgamiento de la autorización de vertidos en los supuestos de su competencia, así como la renovación de las autorizaciones una vez transcurrido el plazo de caducidad de las mismas, tras un nuevo procedimiento autorizatorio. Si, desde esta perspectiva, existieran ámbitos en el orden municipal del control en los que se estableciera la procedencia de comunicaciones o declaraciones responsables, como forma de conocimiento por parte de la Administración de actuaciones privadas con incidencia sobre el dominio público hidráulico, tal control administrativo habría de producirse, pues, a posteriori a la presentación por los interesados de esas comunicaciones o declaraciones responsables. Pero, como decimos, actualmente no cabría, *ex lege*, este sistema de control a posteriori de los vertidos en detrimento de la licencia.
2. El ejercicio de las potestades administrativas de inspección del uso del dominio público y de las actividades potencialmente contaminantes, tanto autorizadas como ilícitas, incluida, como actividad necesaria, la correspondiente toma de muestras de las aguas receptoras de los vertidos y de los propios vertidos contaminantes en los focos de emisión.
3. La sanción, tras la tramitación de los correspondientes expedientes sancionadores, de las conductas infractoras de la normativa de protección.

3
La participación de las entidades concesionarias de los servicios municipales de saneamiento de aguas residuales en el control municipal de los vertidos indirectos

Como hemos adelantado en parte, la disciplina en el ámbito competencial de la evacuación y el tratamiento de las aguas residuales municipales incluye, entre otras actuaciones, la autorización –y su renovación– de los vertidos indirectos (es decir, de los vertidos de aguas residuales urbanas a las redes municipales de saneamiento, que, previamente a su vertido final directo al dominio público hidráulico, habrán de ser objeto de un tratamiento previo en colectores y depuradoras), así como el control y seguimiento de los vertidos realizados a dicha red de saneamiento a través de las inspecciones y tomas de muestras necesarias, que pueden dar lugar a la tramitación de expedientes sancionadores en los supuestos de detección de infracciones administrativas.

También podríamos incluir en esta actividad el establecimiento de medidas o programas de reducción de la presencia de sustancias peligrosas en dicha red, como, por ejemplo, la configuración de las correspondientes tasas de vertido, en buena parte de cuantías basadas en las referidas inspecciones y tomas de muestras.

En consecuencia, en los casos en los que dichas entidades locales prestan estos servicios de forma indirecta, a través de concesión administrativa a entidades privadas, es habitual que se planteen diversas cuestiones relativas al ejercicio de estas potestades públicas de carácter disciplinario cuando, en la práctica, en las mismas participa el personal de estas entidades concesionarias de un modo u otro. La cuestión que se plantea consecuentemente es si, en los supuestos de gestión indirecta de este servicio a través de concesión administrativa, asumen también los concesionarios el ejercicio de estas actividades de control de los vertidos a la red municipal y las potestades de inspección y sanción inherentes, como un aspecto más de la gestión del servicio que se les ha concedido. Es decir, ¿podrían los concesionarios tramitar las autorizaciones de vertido y sus renovaciones? ¿Pueden ejercer actos de autoridad y potestades administrativas de inspección o sanción? ¿Qué efectos jurídicos puede tener la actuación inspectora realizada por personal laboral de los concesionarios?

Las deficiencias técnicas de las Administraciones locales se emplean como clara justificación de una respuesta afirmativa al ejercicio de estas actividades por parte de los concesionarios, si bien esta es una práctica no exenta de problemática y de complejidad jurídica cuando, como ocurre mayoritariamente en nuestro país, tales concesionarios son entidades privadas o mixtas. Los propios responsables municipales no ocultan la confusión que les genera actualmente esta situación.

Así, por ejemplo, se plantean dudas acerca del valor jurídico y la eficacia de los documentos redactados por el personal de la entidad concesionaria en los que se recogen o describen hechos constatados por estos que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa y que no pueden ser legítimamente calificados como “actas de inspección” a efectos sancionadores. O de la articulación de la colaboración de los concesionarios con el personal de la Administración municipal que sí tenga atribuida la condición de autoridad a tales efectos, pero que carezca de los medios y conocimientos técnicos para evaluar o determinar la calificación de las actuaciones con incidencia sobre la red de alcantarillado o saneamiento.

Al respecto, hemos realizado un estudio de la situación actual, siquiera simbólico, con el fin de detectar y delimitar la problemática real que deriva de este planteamiento, específicamente respecto a la participación de los

concesionarios en el ejercicio de la actividad autorizatoria y sancionadora. Dejamos sin tratar, por lo tanto, las repercusiones tributarias de dicha actividad, a pesar de que la cantidad y la carga contaminante del vertido, reflejadas en los documentos redactados por el personal de las entidades concesionarias, son parámetros configuradores de las tasas municipales de tratamiento o depuración de aguas residuales.

En primer lugar, por lo que se refiere al control de la actividad de vertido, como decíamos anteriormente, no procedería la sustitución, en virtud de una ordenanza local, de la autorización de vertido por una declaración responsable o comunicación, y, por lo tanto, del control administrativo a priori de la legalidad del vertido que supone la autorización por el control posterior a tal declaración o comunicación, dada la previsión legal actual (artículo 100.1 del TRLA). No obstante, podemos observar determinados casos en los que se ha sustituido la autorización de vertido por una declaración responsable a través de dichas ordenanzas o reglamentos, como es el caso, por ejemplo, del artículo 32 del *Reglament metropolità d'abocament d'aigües residuals de Barcelona*[17], así como otros casos de algunas ordenanzas municipales que han dado entrada en este ámbito a las declaraciones responsables, en coexistencia con el régimen autorizatorio, para cuestiones relacionadas con la autorización principal. Por ejemplo:

- Para sectores determinados, con carácter excepcional. Así, por ejemplo, se establece en el artículo 9.7 de la Ordenanza Municipal Reguladora de los Vertidos a la Red de Alcantarillado del Ayuntamiento de Granada, que solo exige acuerdo de la Junta de Gobierno Local para sustituir la autorización de vertido, para uno o varios sectores de actividad, por el régimen de declaración responsable, cuyo incumplimiento, según establece dicho precepto, "implicará la aplicación del régimen de responsabilidad establecido para las autorizaciones de vertido".
- Como instrumento para instar la revisión o renovación de la autorización cuando no haya habido cambio de circunstancias res-

17. Según dicho artículo 32, *"Les activitats (usuaris no domèstics) contemplades a l'article 28.2 i que aboquin a la xarxa de clavegueram exclusivament aigües residuals sanitàries han de presentar una declaració responsable"* (apartado 1). Asimismo, según el apartado 2 de dicho artículo, *"El titular, en la declaració, manifestarà que les seves aigües residuals abocades estan constituïdes únicament per aigües residuals procedents dels serveis sanitaris de l'empresa i de les neteges habituals de les instal·lacions, sense incloure en cap moment les neteges de procés, les aigües de refrigeració ni de cap altre ús de caràcter industrial ni les substàncies prohibides a l'annex 1"*.

pecto a las existentes en el momento en que se concedió inicialmente la autorización, quedando sustituida de este modo la tramitación de un nuevo procedimiento administrativo autorizatorio, para la renovación de la autorización, por el simple control administrativo a posteriori de la presentación de la declaración responsable con la que se justifica la renovación. Este modelo, que en esencia no es más que una solicitud de renovación de la autorización caducada, lo utiliza, por ejemplo, EMASA en la ciudad de Málaga[18].

- Como herramienta para la aportación de documentación adicional a la solicitud de autorización. Es el caso, por ejemplo, de la Ordenanza Municipal Reguladora de los Vertidos a la Red de Alcantarillado del Ayuntamiento de Granada, en la que se pide que la solicitud de autorización de vertido incluya "una declaración responsable firmada en todas las hojas por el titular o representante de la persona física o jurídica que solicita el vertido, por medio de la que declara el cumplimiento de esta Ordenanza; especialmente en cuanto a que no se vierte ninguna sustancia de las catalogadas como prohibidas ni se sobrepasan las concentraciones máximas permitidas para las sustancias que se especifican en el Anexo 2". En este caso, parece haberse confundido el instrumento de la declaración responsable con una de las tradicionales declaraciones juradas.

Observamos, por lo tanto, con estos ejemplos, los diferentes niveles de incorporación de la "declaración responsable" al elenco de instrumentos de control de los vertidos indirectos municipales que queremos destacar, con consecuencias, entendemos, diversas. Así, encontramos casos en los que la declaración responsable sustituye literalmente a la autorización, aunque sea para determinadas actividades, de forma expresamente regulada con carácter general (caso del Reglamento barcelonés) o específicamente aprobada *ad hoc* (caso de la Ordenanza granadina), de cuya validez dudamos conforme al TRLA actual, y supuestos en los que se produce una confusión sobre la naturaleza de la declaración responsable y esta se utiliza a modo de instancia o de declaración jurada (caso de Málaga, por ejemplo, en el que se utiliza este sistema solo una vez que hay una autorización previa y se pretende únicamente mantener la operatividad inicialmente autorizada sin

18. Véase el modelo de declaración responsable publicado al efecto en https://www.emasa.es/wp-content/uploads/2013/02/DECLARACIÓN-RESPONSABLE.docx.

cambio de circunstancias). El resto de supuestos planteados no merece mayor interés que como mera anécdota.

Pero lo interesante de la existencia de un ámbito de control a través de la declaración responsable sería la consecuencia para la legalidad de la actuación ejercida por los concesionarios. Mientras que una autorización administrativa únicamente puede concederla la Administración competente, conforme a lo anteriormente indicado, sí habría mayor cabida para la participación de las concesionarias en la realización de las tareas de comprobación posteriores a la presentación de una declaración responsable o una comunicación, si entendemos que dicha actividad de comprobación es una actividad diferente a la de inspección y no comporta el ejercicio de autoridad.

Procedería ahora, entonces, delimitar claramente la naturaleza de tal actividad de comprobación, posterior a la presentación de una comunicación previa o declaración responsable, para determinar si se trata de un acto de autoridad administrativa o más bien de una simple actuación administrativa de tramitación. Esta cuestión no es ahora objeto principal de este trabajo y, por ello, no la abordamos en detalle, pero entendemos que es esencial para las opciones de participación de las entidades concesionarias en la actividad de control correspondiente. En nuestra opinión, el ejercicio de la actividad de inspección, tendente a controlar la infracción administrativa o el mantenimiento de las condiciones impuestas por la autorización, no permitiría una actuación de control o inspección por parte de los concesionarios con consecuencias sancionadoras, pero sí que permitiría a estos una actuación de comprobación o de verificación de lo comunicado o declarado responsablemente, que más que una actividad inspectora podría considerarse una actividad administrativa de simple comprobación o verificación.

En nuestra opinión, aunque, dada la previsión legal, no sería sustituible la autorización de vertido por una declaración responsable, una modificación del TRLA podría dar cabida a esta modalidad de control a posteriori, en casos en los que no exista una razón imperiosa de interés general que imponga el mantenimiento de la autorización. Y dichos casos, en el ámbito del control de los vertidos indirectos a la red municipal, y conforme al principio de proporcionalidad, entendemos que podrían ser los siguientes:

1. Los vertidos de escasa capacidad contaminante, o de carácter inocuo en relación con la actividad productora, que se producen en el ámbito municipal interno a la red de saneamiento, y que posteriormente serán objeto de recepción en colectores o depuradoras municipales con carácter previo a su vertido final al dominio público hidráulico (vertidos indirectos). Tengamos en cuenta asimismo que

ya ha quedado sujeto a autorización y a un deber de tratamiento, otorgado a los ayuntamientos, el vertido general que posteriormente realizan estos al dominio público hidráulico. En tales casos, podría encontrarse cobertura suficiente con una declaración responsable sin perjuicio del control administrativo posterior esos vertidos indirectos previos.

2. Los supuestos de renovación de las autorizaciones por caducidad, cuando no haya habido cambio de circunstancias.

No obstante, como decíamos, actualmente la previsión del artículo 100 del TRLA compromete la legalidad de ordenanzas o reglamentos que se aventuran a introducir estas declaraciones responsables en sustitución de la autorización, aunque sea de forma excepcional, y dar cabida a estos dos supuestos supondría la revisión del TRLA en este sentido.

Pero quizá la situación más controvertida con que nos encontramos actualmente en este ámbito, desde el punto de vista jurídico, sea la que con más habitualidad se lleva a la práctica. Es el caso del ejercicio de las potestades disciplinarias de inspección y sanción por parte de entidades concesionarias del servicio de saneamiento; o, más específicamente, el desarrollo de actuaciones inspectoras y de toma de muestras por parte de personal laboral contratado por las empresas concesionarias para la detección, y posterior sanción, de las infracciones administrativas en materia de vertidos a la red municipal de saneamiento.

El artículo 116.3 del TRLA considera infracciones administrativas, entre otras, la realización, sin autorización, de vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor (apartado f), o la inexactitud, falsedad u omisión en los datos manifestados (apartado j). Y las ordenanzas municipales suelen tipificar también como infracciones, con base en este precepto del TRLA y conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de Bases del Régimen Local, en el estricto ámbito del interés municipal, el vertido no autorizado o no declarado a la red municipal, la causación de daños a infraestructuras para la prestación de los servicios del agua, la manipulación no autorizada de dichos bienes e infraestructuras, o los usos no autorizados de agua, como la captación o vertido o la alteración de condiciones de la autorización, el uso incorrecto o negligente, la negativa a facilitar datos sobre usos del agua o el suministro de datos falsos, entre otras conductas.

Para la detección de estas infracciones los medios y los conocimientos técnicos con los que cuentan las entidades locales de menor población (y también algunos grandes ayuntamientos) son escasos y, habitualmente, no especializados o capacitados frente al carácter eminentemente técnico

de estas actuaciones, que requieren de una especialización del personal que las lleva a cabo. Y, en los casos en los que se prestan los servicios municipales del agua a través de empresas concesionarias, se produce además, en la práctica, a veces, una errónea "delegación", consistente en dejar en manos de la empresa cualquier actuación relacionada con la materia concedida, por lo que, más bien, se trataría de una "dejación", incluyéndose en tal dejación, a veces, las labores de investigación e inspección. Pero realmente ¿pueden los concesionarios ejercer actos de autoridad y potestades administrativas de inspección o sanción porque así lo hayan dispuesto las ordenanzas o reglamentos municipales reguladores de estos servicios?

Si recordamos la teoría de las potestades administrativas[19] y damos por supuesto, dada su obviedad, que la potestad de inspección es una de ellas, podríamos considerar que esta potestad de inspección sería una potestad específica de otras más genéricas cuales son la potestad de control y la potestad sancionadora. Y, además, esta potestad de inspección englobaría otras más específicas aún, en actuaciones concretas, como la de acceso a instalaciones, la de toma de muestras, suspensión de servicios, etc.

La potestad de inspección sería así una de esas potestades-función a las que se refería el maestro García de Enterría, y que, como función pública, comporta el ejercicio de autoridad[20] y conlleva implícita la obligación de sujeción por parte de los afectados a la misma[21]. Además, es

19. Las potestades administrativas pueden definirse como los poderes jurídicos otorgados por el ordenamiento jurídico a la Administración pública para el cumplimiento de sus fines o funciones (Santi Romano), y que le permiten ejercer tales funciones desde una posición de preeminencia jurídica que se concreta en la sujeción, general o especial, de los administrados a los actos que la Administración dicta en ejercicio de estas potestades. Tales potestades quedan aparejadas, por lo tanto, a la condición de Administración pública, veladora del interés general, y, en consecuencia, son inalienables, irrenunciables e indisponibles; lo que hace preciso, por lo tanto, que se habilite legalmente su alteración o extinción. Al respecto, véase Recuerda Girela, "El principio de legalidad y las potestades administrativas", en Arana García y otros (dirs.), *Conceptos para el estudio del Derecho Administrativo I en el Grado*, 5.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 153 y 154.

20. Tema que, entre otros de interés para esta cuestión, trata Fernández Ramos en *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002.

21. *Vid.*, en este sentido, De la Cuétara Martínez, *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 41, y Rivero Ortega, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 74 y ss.

considerada (Rivero Ortega o Rebollo Puig)[22] como una de las técnicas que configuran la actividad administrativa de policía o limitación, y la atribución de tal potestad se debería a la importancia de su finalidad, que, en este caso en concreto, sería la comprobación de situaciones de hecho en relación con la normativa sectorial de aplicación; comprobación que, en estos supuestos de vertidos residuales, tendría un claro carácter técnico, como decíamos.

Pero, si entendemos que la actividad inspectora, cuya finalidad es comprobar la adecuación a la normativa de las conductas de los usuarios de la red de saneamiento, supone una función que comporta el ejercicio de autoridad y es manifestación de una potestad administrativa, entonces hemos de concluir que su ejercicio es irrenunciable e intransmisible[23], como el de cualquier potestad administrativa, y que rige el principio de reserva de ley para el otorgamiento de dicha potestad de control y de inspección. Sin embargo, ni el TRLA, ni la LBRL, ni la legislación de contratos públicos disponen la posibilidad de otorgar esta potestad de inspección a los concesionarios o a cualquier entidad de naturaleza privada, sino todo lo contrario: que la gestión indirecta a través de concesionarios encuentra su límite en el ejercicio de los actos de autoridad.

A pesar de ello, en el supuesto de los vertidos son también muchos los ejemplos que encontramos en la práctica en los que las entidades concesionarias son las que realizan materialmente las actividades de inspección y de toma de muestras. Y así suele reconocerse sin reparos en multitud de ordenanzas y reglamentos reguladores de estos servicios locales, como es el caso del artículo 24 de la anteriormente citada Ordenanza de vertidos de Granada, según la cual "las labores de vigilancia, inspección y control de los vertidos e instalaciones del ciclo integral del agua de las entidades causantes de los mismos podrán ser realizadas a través de la empresa EMASAGRA"[24]; el artículo 49 del Reglamento del Servicio Municipal de

22. Rebollo Puig, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989, y Rivero Ortega, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1999.

23. Como bien expone Molina Giménez, *op. cit*., pág. 306, al indicar que el ejercicio de las potestades públicas es irrenunciable para la Administración, considera que, por lo tanto, es intransmisible a la concesionaria.

24. Señala asimismo el artículo 21.2 de esta Ordenanza que "corresponde al Ayuntamiento de Granada, o en quien este tenga delegadas las competencias en materia del ciclo integral del agua, desarrollar las tareas de vigilancia, 'inspección y control', sin perjuicio de las que correspondan a otros órganos de la Administración de la Junta de Andalucía y

abastecimiento de agua y saneamiento de Vigo, que expresamente prevé la posibilidad del concesionario de levantar actas de infracción por vertidos irregulares, disponiendo en el artículo 82, además, que es el concesionario quien acredita a los inspectores que levantan tales actas; el artículo 81 del Reglamento de Prestación del Servicio de Aguas de la Mancomunidad de Municipios de la Costa Tropical de Granada, que, después de anunciar que es el concesionario quien asume la potestad autorizatoria del vertido, reconoce también a aquel la potestad de inspección, libre acceso a instalaciones, sancionadora y de suspensión de la autorización[25]; el artículo 11 de la Ordenanza de vertidos del servicio municipal de alcantarillado de Alicante, que apodera para estas funciones indistintamente al Ayuntamiento y al personal de la entidad gestora; los artículos 37 y 43 de la Ordenanza de saneamiento de Valencia, que se refieren igualmente a inspectores municipales y a personal autorizado para la inspección por el Ayuntamiento, como personal habilitado para levantar acta de la infracción; o el artículo 37 de la Ordenanza reguladora de vertidos a la red de alcantarillado del municipio de Marbella, en semejante sentido, entre otros muchos y por citar algunos ejemplos. Es más, en algunos casos, incluso las Administraciones autonómicas han redactado modelos de ordenanzas a disposición de los municipios, en los que se recoge la previsión de asignación de potestades públicas de inspección a las empresas concesionarias. Es el caso, por ejemplo, del artículo 18 del modelo de ordenanza en esta materia elaborado por la Generalitat Valenciana.

a otras Administraciones en sus respectivos ámbitos de competencias". Y el 21.3 que "en el ejercicio de sus funciones, tendrán la consideración de agentes de la autoridad todas aquellas personas que realicen las tareas de vigilancia, inspección y control", concretando el 21.7 que "las labores de vigilancia y control son llevadas acabo por la entidad EMASAGRA u otra en que se pueda delegar, de forma independiente o coordinada con el Ayuntamiento de Granada, debiendo sus empleados ir provistos y exhibir la documentación que los acredite".

25. Este artículo 81, titulado "Inspección y control de los vertidos", dice que "con independencia de la autorización de vertido emitida por el Concesionario, este, como la Mancomunidad y otras Administraciones competentes en la materia, tendrán el derecho y la obligación de inspeccionar las instalaciones del abonado, teniendo la potestad de sancionar e incluso suspender la autorización. Para poder realizar su misión correctamente, el personal autorizado tendrá acceso libre a cualquier hora, a las instalaciones de cada abonado titular de una autorización de vertido, así como derecho a portar los equipos que considere necesarios, para realizar su labor de inspección".

4
La necesidad de colaboración de las entidades concesionarias de servicios municipales de saneamiento en la actividad de control e inspección de los vertidos indirectos

La situación descrita en el apartado anterior, caracterizada, en resumen, por la falta de capacidad técnica de los ayuntamientos y la de capacidad jurídica (autoridad) de las empresas concesionarias, plantea una serie de disfunciones en el ejercicio de la actividad de control, que se traducen en una ineficacia práctica generalizada de la disciplina de los vertidos en los supuestos de gestión indirecta a través de tales concesionarios de servicios públicos locales del agua, encontrándonos con situaciones tanto de ayuntamientos que no ejercen medidas disciplinarias en la materia porque han dejado en manos de los concesionarios la total gestión, incluida la autorización y la inspección, como de concesionarios que tampoco las ejercen porque carecen de la necesaria habilitación legal para ello, al no estar investidos de dicha potestad. Así, por ejemplo, hay ayuntamientos que confiesan que, en cuanto se formulan alegaciones en contra, proceden directamente al archivo de los procedimientos sancionadores que inician con base únicamente en "actas" confeccionadas por personal laboral de la empresa concesionaria; y empresas concesionarias que, únicamente, se dedican a comunicar a los ayuntamientos las situaciones ilícitas que detectan y, además, se ven obligadas a solicitar tomas de muestras "dirimentes" (que a veces obligan incluso a costear a los interesados) a terceros laboratorios para compensar, en cierto modo, la falta de reconocimiento legal del valor probatorio de sus actuaciones, siquiera *iuris tantum*.

Y esas razones de eficacia, ante la escasa cualificación técnica del personal de la Administración que existe en muchos municipios, son las que se esgrimen para justificar el recurso a la colaboración de las entidades privadas concesionarias para el desarrollo de estas actividades de control, argumentándose que los ayuntamientos carecen de esos medios materiales y personales propios con los conocimientos especializados adecuados que les capaciten para abordar la complejidad técnica, cada vez mayor en esta materia, que requiere el ejercicio eficaz de la actividad de inspección y control; deficiencia técnica que hace a la Administración municipal incapaz de adoptar decisiones precisas, ya que solo el conocimiento especializado permite la constatación de determinados hechos y la capacidad de subsumir el supuesto de hecho detectado en la norma jurídica[26].

26. En este sentido, véase Casado Casado, *Los vertidos en aguas continentales*, *op. cit.*, pág. 229, quien considera necesaria la valoración de los hechos desde la especia-

Sin embargo, un extenso corpus normativo claramente sostiene la imposibilidad de que dichas empresas concesionarias ejerzan potestades administrativas o dispongan de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. Así, el artículo 85 de la LBRL dispone que "en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta servicios que impliquen ejercicio de autoridad"; y tanto el artículo 275 del actualmente vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público como el 284 de la recientemente publicada Ley de Contratos del Sector Público de 2017 establecen que, aunque la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares, se excluye de esta posibilidad de gestión indirecta únicamente a aquellos "[…] servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos". También el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, reserva la posibilidad de ejercicio de funciones de autoridad en exclusiva a funcionarios públicos; y, referido a las sociedades mercantiles estatales (en las que más del 50 % del capital social es público), el artículo 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, establece que estas en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que, excepcionalmente, *la ley* pueda atribuirles el ejercicio de potestades administrativas.

Además, también es clara la normativa respecto al valor de la materialización de la actividad inspectora, estableciendo únicamente la presunción de veracidad de los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad a efectos de procedimientos sancionadores[27]; por lo que las actas de "inspección" del personal del concesionario, que es personal privado ajeno a los ayuntamientos y no puede tener

lización técnica para poder fundamentar una ulterior decisión administrativa. También véase la interesante opinión de Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, 1999, págs. 117, 125 y 205, donde indica que se ha producido una inversión de los roles de la Administración y de los particulares en los casos ordinarios de colaboración (concesionarios de servicios públicos), pues no es la Administración la que decide y el particular quien ejecuta materialmente la decisión, sino que es la entidad privada la que, legitimada por el conocimiento de la técnica, declara la conformidad o no a la legalidad de la actividad sujeta a control, y la Administración la que ejecuta en consecuencia, por ejemplo, concediendo o renovando la autorización.

27. Artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

la condición de funcionario ni de autoridad pública, no tienen más valor probatorio que una mera manifestación, no pudiendo instruirse expediente sancionador con dicha prueba. Y ello, sin perjuicio de buenos intentos doctrinales (Fernández Ramos, Canals i Ametller[28]) o jurisprudenciales[29] de extender tal validez como medio de prueba a estas "actas" en virtud de la cualificación técnica del personal que las emite.

Por lo tanto, partiendo de esa imposibilidad clara de asumir potestades o funciones que impliquen el ejercicio de la autoridad administrativa por parte de las empresas privadas o mixtas concesionarias de los servicios de saneamiento municipal, pero también del interés en la participación de estas en el ejercicio de la potestad de control e inspección y sancionadora, nos quedaría plantearnos qué tipo de participación o colaboración podrían llevar a cabo dichas empresas concesionarias para cubrir esas deficiencias técnicas municipales, y cuáles serían los límites de tal colaboración privada en el ejercicio de las potestades administrativas de control; sobre todo, ante la falta de una regulación adecuada de esta cuestión. Es decir, se justifica la realización de actividades técnicas por estas entidades (análisis, comprobación de datos, etc.), pero no la realización de funciones inspectoras –de *imperium*– en sustitución de la Administración.

5
Conclusiones: las posibilidades de participación o colaboración de los concesionarios en las actividades de control e inspección

En cualquier caso, concluimos que sería preciso partir de una necesaria delimitación y revisión de determinados conceptos jurídico-administrativos

28. Tanto Fernández Ramos, *La actividad administrativa de inspección:…*, *op. cit.*, pág. 562, como Canals i Ametller, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Comares, Granada, 2003, pág. 322, son partidarios de extender la presunción de certeza y efectos probatorios a estas actas como si de auténticos documentos administrativos se tratara.

29. Véase al respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de enero de 1998 (RJ 1109/1998), ponente López Vázquez. Según se dice en la misma, las actas o certificaciones expedidas por estas entidades no gozan de la presunción de veracidad, pero, por la cualificación técnica de quienes las emiten y la objetividad de su actuación, ofrecen garantías para su valoración por los tribunales como medios de prueba "cuya destrucción requiere bien demostrar irregularidades en la obtención y valoración de los datos, bien la aportación de pruebas que por contraste con aquellas, pongan en duda su eficacia".

ya asentados conforme a la nueva realidad, tanto respecto de las instituciones como de las formas de control de las actividades correspondientes (los conceptos de inspección, control, verificación o comprobación), así como de la naturaleza de tales actividades. Es evidente que el alcance y la legitimidad de la colaboración de estas entidades privadas serán diferentes si tal participación lo es respecto al ejercicio de una potestad pública, o a la realización de actos de autoridad, que si se trata de actuaciones públicas que no derivan del ejercicio de potestades administrativas.

Desde el punto de vista de las formas de control, la autorización administrativa supone una forma de control a priori que, como hemos comentado, se plasma en una resolución dictada en virtud de tal potestad autorizatoria, que únicamente puede ser dictada por el órgano administrativo competente. No cabe en tal caso la autorización directa por parte de los concesionarios públicos. Pero sí sería interesante una revisión de los supuestos en los que tendría cabida la declaración responsable (vertidos indirectos a la red y sus renovaciones), que ofreciera opciones a una mayor colaboración de los concesionarios.

Asimismo, en el caso de la comisión de infracciones administrativas, las labores de inspección han de ser ejercidas necesariamente por funcionarios públicos, sin perjuicio de la colaboración del personal de los concesionarios. La actividad de inspección se considera una técnica de control del cumplimiento de la normativa por los obligados a cumplirla[30], y por lo tanto, en general, se trata de una actividad administrativa de policía en sentido estricto, dado que comporta el ejercicio de autoridad, de potestad pública. Además, como expone Casado Casado, en tanto que proporciona datos sobre los vertidos y su legalidad que definen si existe o no infracción administrativa, queda vinculada al ejercicio de la potestad sancionadora y la potestad de revisión o revocación de las autorizaciones de vertido[31], y por lo tanto, como decía Molina Giménez, es intransmisible a las concesionarias.

Sin embargo, sí sería más factible la colaboración del concesionario en una actividad de comprobación o verificación que no tuviera como efecto la tramitación de un expediente sancionador, sino la simple tramitación administrativa de la revisión de los datos declarados responsablemente o comunicados a la Administración en los supuestos en los que no se mantu-

30. *Vid.* Rivero Ortega, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 67, que la define como la "actividad pública de acopio de datos dirigida a velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico mediante la obligada colaboración de los sujetos privados".

31. *Op. cit*., pág. 465.

viera la sujeción al control mediante autorización. Por lo tanto, en los casos en que se pudiera dar cabida a la comunicación o declaración responsable, cabrían más posibilidades de colaboración por parte de tales concesionarios, sin perjuicio de las potestades correspondientes a la Administración concedente[32].

A partir de esta idea, si nos planteamos cuáles pudieran ser las opciones de colaboración por parte de las entidades concesionarias en el ejercicio de las potestades de control e inspección, algunas de esas opciones en las que pudiéramos pensar inicialmente pierden su posible aplicabilidad de forma inmediata.

Una de esas opciones sería, por ejemplo, plantear la posibilidad de que las empresas concesionarias obtuvieran una autorización como entidades de colaboración a las que se refiere el artículo 252 del RDPH[33], como entidades para el apoyo a los órganos administrativos competentes en cuanto a la realización de la actividad de verificación y control de los vertidos (artículo 101.3 TRLA). Pero hay que tener en cuenta que las empresas concesionarias no son las entidades colaboradoras a las que se refiere este precepto (art. 255.1 RDPH, en relación con el 101.3 TRLA), ni podrían asumir potestades públicas, a pesar de su estatus singular, como ha declarado expresamente el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de noviembre de 2000[34]. Comparto al respecto las conclusiones de Casado Casado, que entiende que se justifica la realización de actividades técni-

32. En este sentido, es destacable la Ley catalana 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental, en cuanto distinguió entre el régimen de inspección y el régimen de control, en el que los controles se llevan no ya mediante inspecciones administrativas, sino mediante "verificaciones" a cargo de entidades colaboradoras de la Administración (artículos 43 y 44). La actividad de inspección pasa así a un segundo plano, con carácter subsidiario, en los casos de desacuerdo entre los ciudadanos y las entidades colaboradoras.

33. De otra naturaleza diferente son las entidades colaboradoras en las funciones de control a que se refiere alguna normativa autonómica, como por ejemplo el artículo 22.3 del Decreto catalán 130/2003, de 13 de mayo –Reglamento de los servicios públicos de saneamiento–, que prevé la intervención de entidades colaboradoras en las funciones de control.

34. Según esta sentencia, "se debe remarcar que de modo alguno, aun ejercitando determinadas atribuciones competenciales por delegación son Administraciones públicas, […] por lo que por ende tampoco se le pueden irrogar potestades ni atribuciones que le son únicamente inherentes a la condición de ente público, por lo que existen determinadas esferas de la potestad publica que se encuentran vedadas para su ejercicio por entes privados, debiendo ejercerse un control exhaustivo de las atribuciones que se ejercen por lo entes privados […]".

cas por estas entidades (análisis, comprobación de datos, etc.), pero no la realización de funciones inspectoras –de *imperium*– en sustitución de la Administración[35].

Otra opción que podría plantearse es la de la delegación competencial por parte de la Administración al concesionario de este servicio municipal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 126.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por decreto de 17 de junio de 1955, del que se deduce la posibilidad de que las corporaciones locales deleguen funciones al concesionario para dictar actos que serían recurribles ante la "corporación concedente", generándose así una relación de especial sujeción. Sin embargo, esta posibilidad, que hemos de leer con reservas y limitada a funciones que no comporten el ejercicio de la autoridad administrativa, se vería muy limitada en cuanto a la delegación de potestades, ya que las potestades, como decíamos, no son transmisibles.

En tercer lugar, cabría la posibilidad de que, mediante norma con rango de ley necesariamente[36], se realice una apertura que permita a estas actividades concesionarias el ejercicio de una labor de inspección estricta, como ha ocurrido ya en otros ámbitos tales como el transporte, en cuanto se refiere a la Inspección Técnica de Vehículos[37]. En tanto no se produjera tal regulación legal, mantenemos la imposibilidad del ejercicio de estas funciones por parte de las entidades concesionarias de servicios públicos.

Sin embargo, caben actualmente otras opciones menos problemáticas, pero más simples, como, por ejemplo, la de información o denuncia. La denuncia o la comunicación de información por parte del concesionario a la Administración, a efectos de que esta actúe de oficio ante infracciones administrativas, no reviste problemática jurídica en el sentido que tratamos. O el establecimiento de un modelo concurrencial en el que se distinguieran claramente las actividades de inspección de otras de simple control técnico,

35. Esto supondría el ejercicio por privados de las funciones públicas. Al respecto, véase Casado Casado, *op. cit.*, págs. 469 y 471, que observa que esta asunción de funciones técnicas por privados es un fenómeno en expansión en materia de aguas.

36. *Vid.* SSTS 13-10-1997, Ar. 7439, o 7-5-1999, Ar. 5615: "La ITV se configura como ejercicio de una potestad pública".

37. Al respecto, *vid.* Arana García, "Naturaleza jurídica de la actividad de inspección técnica de vehículos", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54, 1999, págs. 9 a 41, y "La reforma del régimen jurídico de la inspección técnica de vehículos. Comentario al Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio", *Revista de Administración Pública de Andalucía*, núm. 43, 2001, pp. 95-124.

de tal suerte que se realice por estos concesionarios el ejercicio de verificaciones o control técnico, a modo de una inspección auxiliar, y fuera la Administración la que tramitara las actuaciones de inspección derivadas de dichos controles y los expedientes sancionadores.

En cualquier caso, de la situación planteada concluimos que resulta imprescindible, dada la realidad actual, abordar normativamente, a través de una regulación adecuada, la cuestión de la participación o colaboración de las empresas concesionarias de estos servicios en el desarrollo de las actividades de autorización e inspección de los vertidos indirectos a la red de saneamiento, de forma que se garantice la eficacia en la prestación de estos servicios.

Y esta es una cuestión que es necesario individualizar y escindir del debate sobre las formas de gestión del servicio de saneamiento y la "remunicipalización" de los servicios locales del agua que se viene produciendo actualmente, pero que se debe incorporar paralelamente, con carácter preferencial, a dicho debate. No se puede abogar por el mantenimiento de la gestión indirecta, a través de concesiones administrativas del servicio, sin tener en cuenta el necesario papel de la Administración concedente en el control de los vertidos, pensando que una vez concedido el servicio la Administración puede desentenderse de sus responsabilidades en dejación de sus funciones de autoridad en manos de dichos concesionarios, ni se puede plantear una vuelta a la gestión directa sin tener en cuenta el carácter técnico de estos controles y la necesidad de contar con la colaboración de especialistas o expertos técnicos en esta materia. Esta cuestión del papel de los concesionarios del servicio de saneamiento de aguas residuales en el ejercicio de las potestades de control, podría tratarse como un argumento a favor o en contra de la gestión directa frente a la indirecta, o viceversa, pero, en cualquier caso, impondría la necesidad de deslindar actuaciones de carácter jurídico y técnico y de articular su interrelación para delimitar claramente el papel de dichos concesionarios.

No es este sino otro ejemplo más que pone de manifiesto la falta de una regulación normativa adecuada de la colaboración entre sector público y privado.

6
Bibliografía

Arana García, E., "Naturaleza jurídica de la actividad de inspección técnica de vehículos", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54, 1999, págs. 9 a 41.

– "La reforma del régimen jurídico de la inspección técnica de vehículos. Comentario al Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio", *Revista de Administración Pública de Andalucía*, núm. 43, 2001, págs. 95-124.

Canals i Ametller, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Comares, Granada, 2003.

Casado Casado, L., *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativa*, Comares, Granada, 2004.

Cuétara Martínez, J. M. de la, *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986.

Cueto Pérez, M., *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

Embid Irujo, A., "La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua", en Embid Irujo, A. (dir.), *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998.

Esteve Pardo, J., *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, 1999.

Fanlo Loras, A., "Dominio público hidráulico y saneamiento de aguas residuales", en Esteve Pardo, J. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 303-352.

– "La protección de la calidad de las aguas en el ordenamiento jurídico español: algunas consideraciones en relación con el régimen jurídico de los vertidos", en Sosa Wagner, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 3517-3541.

Fernández Ramos, S., *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002.

Fortes Martín, A., *Vertidos y calidad ambiental de las aguas. Regulación jurídico-administrativa*, Atelier, Barcelona, 2005.

– "La autorización de vertidos y el empleo de las mejores técnicas disponibles: retos e incertidumbres", en Embid Irujo, A. (dir.), *Usos del agua. Concesiones, autorizaciones y mercados del agua*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 343-374.

Galán Galán, A., "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 2,2009, págs. 63-104.

García-Trevijano Fos, J. A., *Los actos administrativos*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1991.

Gimeno Feliu, J. M.ª, Sala Sánchez, P. y Quintero Olivares, G., *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada.*

Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica, Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona, Barcelona, 2017.

González-Antón Álvarez, C., *El uso del agua por las Administraciones locales*, Cedecs, Barcelona, 2000.

Mestre Delgado, J. F., "Las formas de prestación de los servicios públicos locales, en particular, la concesión", en Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tercera edición, tomo II, Iustel, Madrid, 2011.

Molina Giménez, A., *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberalizador,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Oller Rubert, M., *Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2008.

Rebollo Puig, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989.

Recuerda Girela, M. Á., "El principio de legalidad y las potestades administrativas", en Arana García, E. y otros (dirs.), *Conceptos para el estudio del Derecho Administrativo I en el Grado*, 5.ª edición, Tecnos, Madrid, 2017.

Rivero Ortega, R., *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1999.

Ruiz de Apodaca Espinosa, Á. M.ª, "La protección de la calidad de las aguas frente a los vertidos de aguas residuales urbanas a través de su saneamiento y depuración", en González-Varas Ibáñez, S. (dir.), *Nuevo derecho de aguas*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 557-604.

– "Las obligaciones de los entes locales en relación con la protección de la calidad de las aguas", en Embid Irujo, A. (dir.), *Agua y ciudades*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 427-474.

Setuáin Mendía, B., *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

Tornos Mas, J., "La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales", *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58 y 59, 2016.

– "Los contratos de colaboración público privada en la gestión de los servicios públicos del agua", en Benito López, M. Á. (dir.), *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 57 a 66.

QDL46

OTROS ESTUDIOS

Los instrumentos jurídicos de colaboración interadministrativa. Las encomiendas de gestión: su delimitación con la figura de los contratos *in house*. Los convenios administrativos

Carmen Alonso Higuera
Secretaria general del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat

1. **Introducción**
2. **Las encomiendas de gestión en la legislación de régimen jurídico**
   - 2.1. Las encomiendas de gestión en la LRJPAC
   - 2.2. Las encomiendas de gestión en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña
   - 2.3. Novedades incorporadas en la encomienda de gestión por la LRJSP y previsiones contempladas en la nueva Ley de Contratos del Sector Público
3. **Las encomiendas de gestión en la legislación de contratos del sector público**
   - 3.1. Precedentes legislativos y evolución de la jurisprudencia. Las previsiones del TRLCAP
     - 3.1.1. Evolución jurisprudencial del concepto
     - 3.1.2. Requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE
       - 3.1.2.1. Primer requisito: parámetro de control del poder adjudicador

Artículo recibido el 27/11/2017; aceptado el 05/02/2018.

3.1.2.2. Segundo requisito: parámetro de actividad del ente que recibe la encomienda

3.1.3. Novedades introducidas por la sentencia de 19 de abril de 2007 (asunto TRAGSA)

3.2. Las previsiones actuales del TRLCSP y su origen. Requisitos necesarios para que sea posible la encomienda

3.3. Las nuevas previsiones de las directivas comunitarias

3.4. La nueva Ley de Contratos del Sector Público

3.4.1. Ejecución directa de prestaciones por la Administración con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados

3.4.1.1. Ejecución de obras por la Administración

3.4.1.2. Fabricación de bienes muebles por la Administración

3.4.2. Encargos a medios propios personificados

3.4.2.1. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados

3.4.2.2. Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados

4. Las relaciones interadministrativas y los convenios administrativos

4.1. Las relaciones interadministrativas en la LRJSP

4.1.1. Respecto de las relaciones de colaboración

4.1.2. Respecto de las relaciones de cooperación

4.2. Los convenios administrativos: precedentes legislativos y regulación en la LRJSP

4.2.1. Precedentes legislativos de la LRJSP

4.2.2. Regulación de los convenios de colaboración en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, y en la LRJSP

4.2.2.1. Definición y clases

4.2.2.2. Requisitos de validez

4.2.2.3. Contenido

4.2.2.4. Trámites preceptivos para su suscripción y efectos

4.2.2.5. Extinción y liquidación

Resumen

Los conceptos de encomienda de gestión y de convenio de colaboración han generado desde siempre enconadas discusiones doctrinales a la hora de delimitar unos contornos precisos de los mismos, y ello es, sin duda

alguna, debido a la casi inexistente regulación de las primeras y a la falta de distinción de los segundos respecto de otras figuras jurídicas afines.

Esta situación de indefinición ha generado una utilización de una y otra figura que, en ocasiones, se ha separado ostensiblemente de las finalidades perseguidas por el legislador con su recepción en nuestro derecho, sirviendo en muchas ocasiones de marco de auténticos negocios jurídicos contractuales que se concertaban al margen de la normativa contractual, aprovechando para ello el régimen de exclusiones de la legislación de contratos del sector público.

Esta deficiente regulación ha sido suplida en muchos casos por la jurisprudencia, particularmente y en lo que a las encomiendas de gestión se refiere, por la comunitaria, y en este sentido resulta relevante el análisis de los efectos que, respecto de estas carencias legislativas, se han generado como consecuencia de la entrada en vigor de las nuevas directivas comunitarias en materia de contratos y de la nueva legislación en materia de régimen jurídico del sector público, aspectos ambos que constituyen el auténtico objetivo de este trabajo.

Palabras clave: *encomiendas de gestión; contratos* in house; *contratos domésticos; medio propio; servicio técnico; ente instrumental; relaciones interadministrativas; cooperación; colaboración; convenios de colaboración*.

Interadministrative collaboration. Entrustments agreements vis-à-vis in house contracts. Administrative agreements

Abstract

Scholars have extensively debated entrustments agreements and collaboration agreements in order to determine their scope and differences. This long debate is explained because of the almost no regulation of entrustments agreements and the lack of differentiation of the collaboration agreements vis-à-vis other similar legal institutions.

This scenario has generated inconsistency in the use of the two institutions and the legislative intent has not been followed. In this context, the two institutions have been used as real contractual legal tools beyond the normative framework and taking advantage of the exceptions of the legal framework on public contracts.

The judicial activism, especially the action of the European Union courts, has overcome, in many cases, these normative shortcomings, particularly in relation to entrustments agreements. In this line, it is determinant the entrance into force of the new European Union legislation on public contracts and the new state legislation on the legal framework of the public sector. Both aspects constitute the clear objective of this article.

Keywords: entrustments agreements; in house contracts; domestic contracts; direct management; technical service; instrumental public bodies; interadministrative relationships; cooperation; collaboration; collaborative agreements.

1
Introducción

Los conceptos de convenio de colaboración y encomienda de gestión siempre han sido objeto de importantes discusiones doctrinales en nuestro derecho, debido a su casi inexistente regulación en el primer caso, y a su falta de distinción de otros conceptos jurídicos afines en el segundo, y esto ha generado una utilización de unos y otras que, en muchas ocasiones, no siempre coincidía con la que el legislador perseguía en su concepción original.

Efectivamente, las llamadas encomiendas de gestión reguladas inicialmente por la LRJPAC, no fueron objeto de una adecuada delimitación en cuanto a sus contornos jurídicos respecto de otras figuras afines o modalidades, como las contempladas en la legislación de contratos del sector público, ni tampoco de los convenios de colaboración, que, carentes de un régimen jurídico concreto, han servido en muchas ocasiones de marco de negocios jurídicos plenamente contractuales, concertados al margen de la legislación contractual y en una clara huída del régimen jurídico específico del contrato que constituía su objeto, al haber sido utilizados tanto para formalizar auténticas prestaciones encubiertas de servicios y/o ejecución de obras, como para efectuar transmisiones patrimoniales o comprometerse a efectuarlas, dando así el mismo tratamiento a un auténtico contrato que a un mero precontrato.

Esta situación, especialmente grave si tenemos en cuenta que, como veremos más adelante, unos y otras están excluidos en muchos casos del ámbito de aplicación de la legislación contractual, ha sido denunciada durante muchos años por la doctrina más autorizada, hasta que el Tribunal de

Cuentas[1] puso de manifiesto la necesidad de definir cuidadosamente el régimen jurídico de los convenios de colaboración, y los supuestos en los que las relaciones entre Administraciones se podían canalizar mediante las encomiendas de gestión y su régimen jurídico, y lo elevó a las Cortes en demanda de medidas que velaran por la correcta gestión de los fondos públicos, con una serie de propuestas concretas:

[...]

1.ª *Que se complete y sistematice el vigente marco legal de los convenios de colaboración, tanto los que se suscriben entre Administraciones o entidades públicas como los que se suscriben con administrados, que se formule su concepto diferenciándolo de figuras afines, y que se precisen sus ámbitos subjetivo y objetivo, así como los extremos que se han de comprender en su contenido. Independientemente de ello, por lo que se refiere a los del primer tipo, sería deseable acometer el desarrollo reglamentario previsto en la disposición adicional 13.ª "Régimen de suscripción de los convenios de colaboración" de la LRJ-PAC, y por lo que se refiere a los convenios con administrados, este Tribunal, como ha manifestado en diversos informes de fiscalización, entiende que, sin perjuicio de que se recojan sus aspectos esenciales en una norma de alcance general, en vista de la gran variedad de tipos de convenios que existen y sus distintas exigencias, debería considerarse la conveniencia de que cada Departamento ministerial elabore una normativa reguladora propia, dentro del expresado marco común, de modo semejante a lo establecido sobre las bases reguladoras de los distintos tipos de subvenciones públicas (art. 9.2 y 17 LGS) o en relación con el régimen de las encomiendas de gestión (art. 24.6 LCSP). Se dotaría así de un contenido preciso y seguro a la remisión que hace el art. 4.1.d) LCSP a sus "normas específicas" y quedaría resuelto el debatido problema sobre si es precisa la existencia de norma habilitadora para suscribir convenios.*

2.ª *Que se precise si a los convenios que se celebren por entidades públicas que se rigen por el derecho privado con otras entidades o Administraciones públicas les es de aplicación el régimen de los convenios interadministrativos [art. 4.1 c) LCSP] o el de los convenios con administrados [art. 4.1.d) LCSP].*

1. Moción núm. 878/2010, de 30 de noviembre.

3.ª *Que se precise en qué medida las relaciones entre la Administración centralizada y los organismos públicos dependientes o vinculados a aquella pueden canalizarse mediante convenios de colaboración o si deben canalizarse mediante encomiendas de gestión, bien de las contempladas en el art. 4. n) LCSP, bien de las contempladas en el art. 15 LRJ-PAC.*

4.ª *Que se adopten medidas eficaces en orden a la efectiva aplicación de los principios de la LCSP, en los casos de ausencia de normas especiales, según contempla su art. 4.2, teniendo en cuenta el distinto alcance que estos principios tienen en relación con los convenios interadministrativos y con los convenios con administrados.*

5.ª *Que se delimiten con precisión, en los convenios que se suscriban, el objeto y las actividades a realizar por cada sujeto que conviene y, en su caso, la titularidad de los resultados, exigencia que ha de considerarse extensible a cualquier tipo de convenio: los interadministrativos y los convenios con administrados, incluidos los que tienen por objeto canalizar subvenciones públicas, aun en los casos en que sean nominativas.*

6.ª *Que en los convenios en que la Administración haya de realizar aportaciones financieras, se fije con rigor su importe que, en ningún caso, debe rebasar el coste de la actividad a financiar ni su valor de mercado, exigiendo, si no fuera posible una cuantificación exacta en el momento de la suscripción, que se justifique por la parte gestora el gasto realizado con los fondos recibidos. En el caso de aportaciones patrimoniales no dinerarias deberá determinarse igualmente su valor real.*

7.ª *Que se incluyan en el clausulado de los convenios las causas que pueden dar lugar a su modificación y resolución así como las consecuencias del incumplimiento de sus compromisos por alguno de los sujetos que lo suscriben.*

8.ª *Que se definan y clarifiquen los criterios de imputación presupuestaria del gasto, teniendo en cuenta si la Administración que financia tiene las competencias de ejecución y, por consiguiente, la titularidad de los resultados, y ello tanto si el importe de la financiación se transfiere en efectivo, como si se destina a la realización de una inversión para su posterior entrega gratuita.*

9.ª *Que se evite la contracción de compromisos de ejercicios futuros con cargo a créditos con asignación nominativa, ni aun*

condicionándolos a la futura concesión de otro crédito nominativo.

10.ª *Que se evite la imputación automática de los saldos de compromisos no ejecutados del ejercicio anterior al presupuesto corriente sin una paralela modificación del plazo convenido, que lo armonice con la ejecución real y con su gestión presupuestaria, previa tramitación del correspondiente expediente, modificando a tal efecto incluso, en la medida en que resulte necesario, la regla 55 de la IOC.*

11.ª *Que se recabe la conformidad expresa de los suscriptores, bien directamente, bien a través de la comisión de seguimiento, sobre las actuaciones a realizar, cuando su concreción haya de tener lugar con posterioridad a la suscripción del convenio, así como en los casos de modificación de lo convenido u otras incidencias que surjan durante la vida del convenio y en relación con el cumplimiento de los compromisos asumidos por todos los intervinientes y con la liquidación final.*

12.ª *Que se atribuya a la comisión de seguimiento o, en su caso, a un responsable del convenio, las facultades necesarias para supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de las actividades convenidas.*

13.ª *Que se justifique la ejecución del convenio mediante la comprobación material de las inversiones realizadas, tanto por el órgano gestor como por la intervención. Con respecto a la justificación en su vertiente financiera deberá comprender la acreditación de los gastos reales en que hubiera incurrido la parte responsable de la gestión, que en ningún caso deben rebasar su valor de mercado.*

14.ª *En aquellos casos en los que la delimitación de competencias entre el Estado y las CC. AA. que se proponen colaborar presenta dificultades, resultaría sumamente beneficioso para la gestión pública que los extremos dudosos se clarificaran en los respectivos convenios, si todas o varias CC. AA. Disponen de similares competencias, previo acuerdo de la conferencia sectorial en los de suscripción generalizada, a fin de evitar conflictos y tratos desiguales.*

15.ª *Que se complete y amplíe la información sobre los convenios mediante un sistema registral que dé cumplida información de*

los que se celebren con todas las entidades públicas y con entidades sujetas al derecho privado.

16.ª *Que la obligación de remitir al Tribunal de Cuentas información sobre los contratos celebrados por las entidades del sector público que se regula en el art. 29 LCSP y en los arts. 39 y 40 LFTCu, se haga extensiva con las necesarias adaptaciones a los convenios de colaboración.*

[…]

Este dictamen dio lugar a la aprobación de la Resolución de 18 de diciembre de 2012 de la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, que instaba al Gobierno central a realizar esta labor, que se ha pretendido llevar a cabo con la LRJSP.

También el Consejo de Estado se había hecho eco de los problemas que se podían derivar de esta indefinición cuando, al dictaminar el Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información pública y Buen Gobierno[2], recomendó –y así se recogió en el texto finalmente aprobado– que se incluyera en la letra b) de su artículo 6 una previsión sobre la necesidad de hacer pública la información relativa a las encomiendas de gestión y, muy singularmente, la relativa a su presupuesto, objeto, obligaciones económicas, tarifas de acuerdo con las cuales se establecen tales obligaciones y la realización, en su caso, de subcontrataciones, con indicación de los adjudicatarios, del procedimiento en virtud del cual deban tener lugar y de los importes de adjudicación, y todo ello por considerar lo siguiente:

[…] una parte relevante de los servicios que pueden ser prestados a las entidades del sector público puede canalizarse a través de entidades que tengan la condición de medio propio y servicio técnico de las mismas, acudiendo a la figura de la encomienda de gestión [artículos 4.1.n) y 24 de la LCSP], sin que sea infrecuente que tales entidades subcontraten, a su vez, todo o parte de las prestaciones que les corresponde ejecutar con terceras personas, ajenas al sector público; de este modo, puede en ocasiones llegar a soslayarse el cumplimiento de algunas de las exigencias que en materia de publicidad impone el ordenamiento jurídico a los entes integrantes del sector público o, al menos, atemperarse el rigor con que en otras circunstancias tales obligaciones deben ser atendidas.[…]

Debido al hecho de que mientras las encomiendas interorgánicas sujetas al régimen jurídico de la LRJPAC tenían que ser objeto de publicidad,

2. Dictamen núm. 707/2012, de 19 de julio.

las interadministrativas y las reguladas por la legislación contractual no estaban expresamente sometidas a este requisito y se dudaba de la aplicabilidad a las mismas de esta previsión de la LRJPAC.

Señalado lo anterior a manera de introducción necesaria, realizaremos a continuación un análisis particularizado de las encomiendas de gestión en la legislación de régimen jurídico y en la legislación contractual, para pasar seguidamente al estudio de los convenios de colaboración.

2
Las encomiendas de gestión en la legislación de régimen jurídico

2.1
Las encomiendas de gestión en la LRJPAC

La encomienda de gestión es una técnica por la que se transfieren por el órgano competente determinadas funciones relacionadas con el ejercicio de la competencia, manteniendo, en cambio, su titularidad y la responsabilidad derivada de la misma.

Esta técnica tuvo su origen en el artículo 5 de la Ley del Proceso Autonómico, que la contempló como forma de gestión de servicios autonómicos por parte de las diputaciones provinciales por mandato de las comunidades autónomas y que, posteriormente, se recogió en los artículos 8 y 37.1 de la LRBRL, al prever que las comunidades autónomas podrían encomendar a las diputaciones la gestión ordinaria de alguno de sus servicios, pero con sometimiento de estas últimas a las instrucciones que a estos efectos pudieran dictar las primeras.

Más tarde, fue la LRJPAC la norma que generalizó la utilización de esta técnica para todas las Administraciones públicas, al regularla, con carácter general, en su artículo 15, como técnica en virtud de la cual los órganos administrativos o las entidades de derecho público podían encomendar a otros órganos o entidades de la misma o distinta Administración la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, por razones de eficacia o cuando no se poseyeran los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Ahora bien, como señalaba expresamente el propio precepto, esta técnica no suponía ni la transferencia de la titularidad de la competencia, ni tan siquiera la de los elementos sustantivos de su ejercicio, o lo que es lo mismo, ni la decisión sobre la competencia, ni la responsabilidad de tal decisión, motivo por el que correspondía al órgano encomendante la res-

ponsabilidad de dictar los actos administrativos productores de efectos jurídicos derivados de la actividad material concreta objeto de encomienda, aunque no los de mero trámite[3].

Estábamos, pues, ante una forma de mandato o encargo jurídico-público efectuada por una Administración, para que otra diferente gestionara servicios de su titularidad, en su nombre y bajo su responsabilidad, bajo una relación de tutela orgánica, cuya diferencia básica con la delegación consistía en que mientras con esta última el ente delegado ostentaba la capacidad de autoorganización del servicio y actuaba en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad, aunque sujeto a la tutela legal y material del órgano delegante, que se concretaba, tal como siempre ha establecido el artículo 27.2 de la LRBRL, en su capacidad de dirigir y controlar el servicio delegado, en la encomienda de gestión, por el contrario, la Administración encomendada actuaba como órgano de la encomendante, sujeta a su tutela orgánica y a sus instrucciones generales y particulares y sin capacidad de autoorganización.

Nos encontrábamos, en consecuencia, ante una Administración que se colocaba en una situación de inferioridad respecto de la Administración encomendante, que, como previó en su momento el artículo 6 de la Ley del Proceso Autonómico, podía fijar, respecto del servicio encomendado, módulos de funcionamiento y financiación y determinados niveles de rendimiento.

En la LRJPAC la encomienda de gestión se posibilitaba tanto entre órganos y entidades de la misma Administración como entre órganos y entidades de Administraciones diferentes, exigiéndose, en este último caso, la conformidad de ambas partes formalizada mediante la suscripción de un convenio, que es la manifestación típica del libre acuerdo de voluntades propio de la existencia de diferentes personas jurídicas, con una única excepción, constituida por el supuesto específicamente previsto por el artículo 37 de la LRBRL, de gestión ordinaria de los servicios de las comunidades autónomas por las diputaciones provinciales o, en su caso, por los cabildos o consejos insulares, cuya regulación la LRJPAC remitía a la LRBRL.

Ciertamente, también en el caso de encomienda de gestión entre órganos administrativos o entidades de la misma Administración se requería una determinada formalidad y, por lo tanto, que esta se efectuara por escrito, en los términos que estableciera su propia normativa o, en su defecto, por

3. STS de 8 de octubre de 2013 (Ar. RC\2011\5847).

acuerdo expreso de estos órganos o entidades, dado que la formalización escrita constituía un elemento necesario para, posteriormente, poder cumplir el requisito que exigía la propia LRJPAC de publicar el instrumento de formalización de la encomienda en el Diario Oficial correspondiente –el Boletín Oficial de la Provincia, en el caso de producirse entre órganos o entidades del ámbito local–.

En este caso, a diferencia de lo que sucede con la delegación entre órganos locales, la publicación era un requisito determinante de su eficacia por imperativo de lo que disponía el artículo 15.3 de la LRJPAC, de lo que se desprende que el acuerdo de voluntades que con la encomienda de gestión se producía no era suficiente, aunque se formalizara debidamente en el instrumento correspondiente, pues su eficacia quedaba demorada hasta que se procediera a su publicación.

La LRJPAC contenía, además, una habilitación expresa, de carácter normativo, para que cada Administración y, por lo tanto, también la local, pudiera regular los requisitos necesarios para la validez de estos acuerdos, con los únicos límites que se derivaban de lo que se disponía en la propia Ley, entre ellos, la necesidad de incluir, como requisito mínimo, la obligación de que los acuerdos de encomienda incluyeran, al menos, la mención expresa de la actividad o actividades a las que afectara, su plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la actividad encomendada.

Como señaló en su momento Luis Ortega[4], "… la encomienda de gestión supone una forma de gestión directa de actividades instrumentales al margen del recurso a la fórmula contractual…". En otras palabras, lo que encargado al sector privado constituiría un contrato administrativo, encargado a órganos o entidades de las Administraciones públicas, constituía, siendo el mismo, una encomienda de gestión; precisamente por eso el legislador no consideraba viable la utilización de esta técnica respecto de personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, a las que remitía a la vía contractual, aunque con un grado importante de imprecisión, puesto que, a continuación, inducía a confusión, cuando indicaba que no se podían encomendar a personas o entidades sujetas al derecho privado actividades que, según la legislación vigente, tuvieran que realizarse con sujeción al derecho administrativo.

Para Luis Ortega, el artículo 15.5 de la LRJPAC había que interpretarlo en el sentido de que lo que este precepto impedía era la utilización de la

4. Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel, *La nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, 1993.

encomienda de gestión en los términos en que estaba regulada en la propia LRJPAC, es decir, para estas actividades concretas y bajo este régimen jurídico específico, respecto de personas físicas o jurídicas sometidas al derecho privado. En cambio, el último inciso había que entenderlo referido a otros tipos posibles de encomienda de gestión que pudiera regular la legislación sectorial en relación con otras actividades y bajo otro régimen jurídico diferente, respecto de los cuales el legislador estatal lo único que establecía era una norma básica de obligado cumplimiento para los legisladores sectoriales, consistente en imponer la prohibición de encomendar a este tipo de personas actividades sometidas al derecho administrativo, para evitar el uso desviado de estas técnicas con el objeto de evadir el sometimiento de una actividad esencialmente pública al derecho administrativo.

Esta prohibición era de fundamental importancia en el ámbito local, respecto de las sociedades privadas municipales, o sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal, en la medida en que, en tanto que personas de derecho privado, estarían incluidas dentro del ámbito de la prohibición a la que anteriormente nos hemos referido.

No opinaba así una parte importante de la doctrina[5], en particular, Fernando Garrido Falla y Elisenda Malaret i García. Para el primero, el encargo de gestión de actividades y servicios a entes instrumentales de la Administración sujetos a derecho privado, era una práctica jurídica habitual de la que citaba numerosos e importantes ejemplos, que era la que da sentido al ente instrumental, por lo que no consideraba aplicable tal prohibición a este tipo de sociedades públicas y entendía que estaba dirigida a las personas físicas y empresas mercantiles privadas. Para la profesora Malaret, por su parte, coincidiendo con la posición final del autor anteriormente citado, la prohibición que contenía el artículo 15.5 de la LRJPAC no era predicable de las empresas de capital íntegramente público, pues para la aplicación de la legislación de contratos hacía falta que el sujeto de derecho privado en cuestión fuera un tercero, al considerar que todo el arsenal de prerrogativas públicas se convertía en innecesario cuando el capital era íntegramente público y la Administración podía, mediante su posición de *dominium,* determinar el comportamiento de la sociedad, sin que en estos casos fuera necesario *el imperium.*

5. Garrido Falla, Fernando y Fernández Pastrana, José M.ª, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas. Un estudio de la Ley 30/1992*, Civitas, 1993. También Malaret i García, Elisenda, *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Civitas, 1992.

Pero a pesar de la lógica aplastante de estas posiciones, en particular, el fundamento en que se basaba la última de ellas, en mi opinión[6] hacía falta distinguir, por lo que a la Administración local se refería, el tipo de empresa pública a la que se hacía la encomienda, es decir, si nos encontrábamos ante un ente instrumental para la gestión directa de un servicio público o ante empresas públicas constituidas como instrumento para el ejercicio de actividades económicas.

En los dos casos, decíamos entonces, el objeto de estas empresas estaría delimitado por sus previsiones estatutarias respecto de su objeto social, es decir, la gestión de algún servicio público o el ejercicio de actividades económicas concretas, a la vista del contenido del expediente previamente tramitado, lo que, en principio, parecía impedir, sin un nuevo expediente administrativo previo, el encargo de ningún otro tipo de actividades no determinadas en sus estatutos.

Además, en el caso de las sociedades de servicio público, entendíamos también entonces, no existe una encomienda de gestión, sino que la propia empresa municipal constituye una forma de gestión a la que nada se encomienda, simplemente se crea como instrumento para gestionar un servicio público concreto que constituye su objeto social. Fuera de esto, que, en mi opinión, no constituía una encomienda, nada más se le podía encomendar, si no era por la vía de ampliar su objeto social para la gestión de nuevos servicios públicos previamente establecidos por el ayuntamiento cuando, respecto de su forma de gestión, se hubiera determinado que fuera directa, mediante una empresa de esta naturaleza que, en este caso, ya se encontraría constituida. En estos supuestos, el ente instrumental gestiona un servicio público globalmente considerado y no meras actividades materiales, técnicas o de determinados servicios, concepto este que no hay que confundir con el de servicio público, pues aquellas no son más que facetas parciales de una actividad municipal concreta.

Por el contrario, cuando se tratara de empresas públicas de capital íntegramente municipal, constituidas para el ejercicio, en régimen de libre concurrencia, de actividades económicas, considerábamos que estas empresas, además de constituirse para un fin determinado y no para el que eventualmente decidiera encargarles el ayuntamiento por la vía de la encomienda de gestión, sin seguir para ello el procedimiento legalmente establecido para el ejercicio de la iniciativa en la realización de actividades económicas,

6. Alonso Higuera, Carmen, *Manual del Secretario. Teoría y Práctica del Derecho Municipal*, Atelier, 2002.

tenían que actuar en el mercado, con carácter general, desprovistas de potestades administrativas y en igualdad de condiciones que las restantes empresas privadas, por lo que, en la medida en que concertaran con la Administración matriz una determinada actividad, salvo que constituyera la actividad económica para la que fueron creadas, tenía que ser, en mi opinión, por la vía contractual, siempre que tal actividad, además, formara parte de su objeto social, sin que pudieran encomendárseles, dada su naturaleza y finalidad, otras actividades que, como la contratación de obras públicas o la gestión de servicios públicos, se tenían que realizar con sujeción al derecho administrativo.

En apoyo de esta tesis, en la obra anteriormente anotada me manifestaba en los términos siguientes:

> *[...]*
> *Respecto de los servicios públicos, el tema es meridianamente claro, porque si la sociedad tiene por objeto, únicamente, la realización de una actividad económica pura, que no constituya servicio público, quedaría claramente excluida esta posibilidad, puesto que en este caso estaríamos, no tanto ante una empresa pública de actividad económica, como ante una empresa pública como forma de gestión directa de servicios públicos.*
> *Respecto de la gestión de obras públicas, por el contrario, cuando se tratara de obras ordinarias que no formen parte del proceso de urbanización ni se refieran a los sistemas locales previstos en el planeamiento a ejecutar por el sistema de expropiación, porque las de urbanización se pueden gestionar a través de una empresa pública municipal de servicio público, y quitando las fórmulas de colaboración con otras Administraciones –concierto o convenio– solamente se pueden ejecutar mediante contrato o por Administración*[7]*, como se infiere claramente de lo que se dispone por el artículo 152 del TRLCAP.*
> *En la ejecución de obras por Administración, estas obras se pueden verificar por los propios servicios del ayuntamiento, a través de sus medios personales o reales, o bien con la colaboración de empresarios particulares, cuando su presupuesto sea inferior a 891 521 645 pesetas, o su equivalente en euros, IVA excluido, mediante un contrato de colaboración de carácter administrativo, que no constituirá un contrato*

7. En Cataluña, el artículo 48 del ROAS previene expresamente que las obras públicas encomendadas únicamente se pueden ejecutar mediante contrato, por Administración, por concesión mixta de obra y servicio o mediante consorcio o convenio con otras Administraciones públicas.

de obras, y previa selección del empresario colaborador mediante los procedimientos y formas de adjudicación previstos por los artículos 73 y 74 del TRLCAP, a través de los sistemas de subasta y concurso, pero con el límite de que no se podrá encargar a la colaboración empresarial más del 50 por 100 del importe total del proyecto.

En este sistema tendría cabida, también, la actuación empresarial de la Administración, siempre que el ayuntamiento tuviera constituida o constituyera una sociedad mercantil, como servicio técnico o industrial propio, pero esto solo permitiría que la sociedad pública mercantil que se constituyera como servicio técnico o industrial propio del ayuntamiento, ejecutara la obra por sus propios medios materiales o personales, o suscribiera un convenio de colaboración empresarial de los anteriormente mencionados, hasta un máximo del 50 por 100 del importe total de la obra, pero no que la empresa contratara con un tercero la totalidad de su ejecución, como ocurre en la práctica con cierta asiduidad.

En otras palabras, si seguimos el ejemplo de las obras públicas, no podría encargarse su ejecución a una empresa pública municipal por la vía de lo encomienda de gestión, salvo que la empresa se haya constituido precisamente para ello, es decir, para gestionar, como empresa de servicio público, las obras municipales ordinarias o de urbanización, siempre que las ejecute directamente o mediante un convenio de colaboración empresarial respecto de una parte de las mismas, en este caso no habría encomienda de gestión, sino gestión directa de un servicio público municipal.

Mucho menos, por lo tanto, podría encomendarse a esta empresa lo que en la práctica es bastante habitual, que es la gestión de la contratación de obras públicas con terceros, de forma que en lugar de actuar como Administración contratante el ayuntamiento, actúe la propia empresa, a través de una encomienda de gestión, por tratarse de una materia sometida al derecho administrativo, concretamente al TRLCAP.

Se podrá decir que las empresas mercantiles de capital totalmente público también quedan afectadas por esta legislación, pero esto sería cierto solo parcialmente, pues con independencia de que la legislación comunitaria así lo pretendiera, lo cierto es que la transposición que se ha hecho en nuestro derecho de la misma a través del TRLCAP dista mucho de tal solución, al no incluir a estas empresas en su ámbito subjetivo de aplicación, salvo para las obras a las que se refiere su artículo 2.2 y, únicamente, referirse a ellas en su disposición adicional

sexta, que tan solo exige que este tipo de empresas ajusten su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia propios de la contratación administrativa, lo que no es exactamente lo mismo que aplicar la integridad del TRLCAP.

Por lo tanto, si la idea del legislador al redactar el artículo 15.5 de la LRJPAC era, según señala Garrido Falla en la obra ya anotada, "…evitar que los procedimientos de licitación pública y selección administrativa del contratista privado escapen a la normativa de la legislación específica sobre contratos públicos…", opinión que compartimos y se puede considerar generalizada en nuestra doctrina, no puede tener cabida esta posibilidad respecto de empresas municipales constituidas para finalidades diferentes –gestión de un servicio público diferente o realización de una actividad económica distinta– en particular por lo que a la ejecución de obras públicas se refiere, que es la materia en la que más tendencia a lo encomienda de gestión se produce, pues, como hemos visto, el resultado que se conseguiría es, precisamente, el que intentó evitar el legislador.

[…]

Este era el estado de la cuestión en 2002 con la legislación entonces vigente, que, como vemos, planteaba serios interrogantes respecto de la posibilidad de que esta técnica se utilizara con personas sujetas al derecho privado, incluso cuando fueran íntegramente públicas, en particular cuando de sociedades para el ejercicio de actividades económicas se trataba, pues el Texto Refundido de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP en adelante), no se ocupaba entonces de esta cuestión, hasta que con la reforma operada en virtud del Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo, se dio fin a las dudas que el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, suscitaba sobre la utilización de esta figura cuando de personas sujetas al derecho privado se trataba.

En consecuencia, a partir de ese momento, el régimen jurídico de las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la LRJPAC tan solo resultaba aplicable a las Administraciones o a sus entes instrumentales sujetos a derecho público, como de forma tajante ha declarado posteriormente la jurisprudencia[8].

8. STS de 1 de julio de 2015 (Ar. RJ\2015\3895), en la que se declara que en caso de personas o entes sujetos a derecho privado, como las fundaciones, la LRJPAC excluye esta transferencia competencial del régimen general de la encomienda, porque considera que la

Y esto dio lugar a otra enconada discusión, sobre si se trataba de la misma figura o técnica jurídica o de otra diferente[9] o, como entendió entonces el Tribunal Supremo, se trataba de una modalidad de la misma figura que tenía un régimen jurídico distinto.

También se suscitaba la duda de si, cuando esta encomienda se realizara al amparo de la LRJPAC con entes de otras Administraciones públicas sujetas al derecho público, su objeto podía ser coincidente con el de un contrato, cuestión en relación con la cual la Abogacía del Estado[10] consideró que si bien inicialmente existía esta posibilidad, puesto que la legislación contractual no había regulado todavía la figura de los contratos *in house providing*, después, precisamente, la diferencia básica entre una y otra figura consistía en que mientras la encomienda de gestión de la LRJPAC resultaba aplicable a actividades o actuaciones ajenas a la legislación de contratación pública, las reguladas en esta última quedaban limitadas a la realización de prestaciones de contenido materialmente contractual, propias de los contratos de obras, suministros y servicios, y este era el motivo por el que no consideraba tampoco aplicable a estas últimas su deber de publicación y, en general, las formalidades reguladas por el artículo 15 de la LRJPAC.

2.2
Las encomiendas de gestión en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña

En Cataluña, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, ayudó notablemente a avanzar en la distinción entre encomiendas de gestión de la LRJPAC y encomiendas de gestión de la legislación contractual, al contemplar en su artículo 10, respecto de la legislación básica estatal y respecto de lo que la Ley catalana denomina *encargos de gestión*, las precisiones y concreciones siguientes:

relación es contractual, y la remite a la legislación de contratos, en la que, como veremos seguidamente, se regula.

9. En la sentencia anteriormente anotada y en otras anteriores como la de 9 de diciembre de 2013 (Ar. RJ\2013\8174), el Tribunal Supremo entendió que la legislación contractual regulaba una modalidad de encomienda específica, llamada contratación doméstica, que suponía una excepción del régimen general de la contratación pública, en especial en cuanto al principio de concurrencia.

10. Circular 6/2009.

a. En primer lugar, clarifica que los encargos de gestión solo pueden recaer en organismos o entidades públicas, y declara, paralelamente y de forma expresa, que cuando el encargo de gestión tenga por objeto el propio de un contrato incluido en el ámbito de aplicación del TRLCSP, no le resultará de aplicación el régimen jurídico contenido en el mencionado precepto.
b. A la previsión anterior añade en segundo lugar que, de acuerdo con la legislación contractual, estos tipos de encargo solo pueden hacerse a favor de organismos o entidades públicas que tengan la condición de medio propio de la Administración, organismo o entidad pública que lo realiza.
c. En tercer lugar, concreta que la capacidad de cada Administración de regular sus encargos se limita a los requisitos de formalización de los acuerdos, precisando que el instrumento para llevar a cabo esta regulación tiene que ser el reglamento.
d. En cuarto lugar, regula el contenido mínimo de los convenios mediante los cuales se formalicen los encargos de gestión interadministrativa, exigiendo en todo caso, como contenido mínimo, las precisiones siguientes:
   – El alcance y contenido de la actividad encomendada.
   – Las razones que justifican el encargo.
   – La fórmula de financiación de la actividad encargada, con indicación de los correspondientes créditos presupuestarios que se transfieren.
   – Las relaciones y las actuaciones a realizar para el seguimiento y control del encargo.
   – El plazo de vigencia del convenio.
e. En quinto y último lugar, esta Ley precisa que el órgano, organismo o entidad pública que recibe el encargo puede gestionarlo directamente o por los medios previstos en la legislación pública de contratos y, en su caso, en la normativa de régimen local.

De este modo se clarifican algunos aspectos, principalmente, la separación existente entre dos figuras jurídicas diferentes, la encomienda de gestión prevista por la LRJPAC y la regulada en el TRLCSP, lo que dio lugar a que una parte de la doctrina[11] considerara que se trataba de figuras

11. Vilalta Reixach, Marc, "El ámbito subjetivo de aplicación de la encomienda de gestión. Su concreción en la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña", *QDL*, núm. 28, febrero de 2012.

que respondían a un mismo supraconcepto, con claros elementos comunes, pero con regímenes jurídicos diferentes.

2.3 Novedades incorporadas en la encomienda de gestión por la LRJSP y previsiones contempladas en la nueva Ley de Contratos del Sector Público

En este estado de cosas, la promulgación de la LRJSP vino a aclarar algunos aspectos más, al incorporar las novedades siguientes:

a. Reduce su objeto a actividades de carácter material o técnico, suprimiendo las de servicios, perfilando de esta manera un objeto más limitado, menos ambiguo y claramente indicador de actividades parciales.
b. Suprime toda referencia a previsiones como las contenidas anteriormente en el apartado 5 del artículo 15 de la LRJPAC[12] que tantas dudas había generado, y precisa en el primero de sus apartados, como ya había hecho la legislación catalana, que la encomienda tan solo es posible a favor de entidades de derecho público.
c. Neutraliza toda posibilidad de que las encomiendas que regula tengan por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en el TRLCSP, ya que en este supuesto, como ya había determinado la legislación catalana, su naturaleza y régimen jurídico se tienen que ajustar a sus previsiones, conservando, en consecuencia, su vigencia las determinaciones contenidas en los artículos 4.1.n) y 24.6 de este texto legal, que con un concepto más amplio, en lugar de actividades de carácter material o técnico, se refiere en general a prestaciones.
d. Exige que se trate de órganos que entre sus competencias tengan atribuidas estas actividades.
e. Atribuye al órgano encomendado la condición de encargado del tratamiento de datos de carácter personal a los que pueda tener acceso por razón del encargo, regulada por el artículo 3.g) de la

12. En este apartado la LRJPAC excluía el régimen de aplicación de la encomienda a favor de personas físicas y jurídicas sujetas a derecho privado a las que remitía a la legislación contractual, en particular respecto de actividades sujetas al derecho administrativo, sin distinguir entre las que formaran parte del sector público y las que no.

LOPD y por el artículo 5 de su Reglamento de desarrollo[13], resolviendo así situaciones en las que se había cuestionado esta posibilidad, al no transferirse con la encomienda ni la titularidad de la competencia ni la de los elementos sustantivos de su ejercicio.

f. Establece también la obligación de publicar los convenios en los que se formalicen los encargos entre órganos y entidades de derecho público de Administraciones diferentes, de la misma manera que era ya obligatorio para los que tengan lugar entre órganos y entidades de derecho público de la misma Administración, precisando el diario oficial en el que, en función de la naturaleza territorial del órgano encomendante, se tenga que efectuar.

Estas previsiones, acompañadas de la regulación que en su artículo 86 realiza la LRJSP respecto de los medios propios y los servicios técnicos de la Administración del Estado, a pesar de no resultar aplicable esta última al ámbito local, sirven para distinguir de una vez por todas, en la línea iniciada seis años antes por la legislación catalana, los diferentes supuestos en los que se aplica esta Ley de aquellos en los que resulta aplicable el TRLCSP, ya que una y otra figura jurídica, aunque comparten nombre y, como ha señalado la doctrina[14], responden a un mismo supraconcepto y tienen elementos comunes, en cambio disfrutan de regímenes jurídicos diferentes que, en consecuencia, dan lugar a dos figuras jurídicas distintas.

En el primer caso estamos ante supuestos de carácter excepcional que obedecen a la carencia de medios técnicos idóneos para su desarrollo o a razones de eficacia, aspectos ambos que tienen que quedar debidamente justificados y motivados en el expediente que sirve de cobertura para la toma de la decisión y, en consecuencia, ante un instrumento que nos permite, sin renunciar a la competencia ni transferir su ejercicio, superar carencias o insuficiencias de medios materiales o técnicos del órgano titular de la misma o lograr mayores niveles de eficiencia en su ejercicio, como medida organizativa y de gestión en el marco interno del sector público integrado por las Administraciones y los organismos de derecho público.

13. Este precepto define el concepto de encargado del tratamiento de datos de carácter personal, como la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de una relación jurídica que lo vincula con este y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio, con la previsión de que también podrán ser encargados del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados.

14. Véase la nota 11 anterior.

En el segundo caso, el TRLCSP, al excluir las encomiendas de gestión a las que se refieren sus artículos 4.n) y 24.6 de su ámbito de aplicación, se está refiriendo a supuestos claramente contractuales, concretamente de autocontratación, de aquí la denominación que reciben en el lenguaje comunitario de contratos *in house*, es decir, de contratos domésticos. Estos son, por el contrario, negocios jurídicos de naturaleza ordinaria y no excepcional como los previstos en la LRJSP que, a diferencia de estos, no tienen limitado su objeto, sino que pueden contemplar todo tipo de prestaciones, y a los que, en consecuencia, no resultan de aplicación las formalidades y el régimen jurídico contemplados en la LRJSP.

En la nueva Ley de Contratos del Sector Público, como veremos más adelante, esta distinción se acentúa algo más, ya que, por una parte, en su artículo 6.2 y 3, junto con los convenios interadministrativos o con sujetos de derecho privado cuyo contenido no esté referido al objeto de un contrato regulado por la propia Ley o por normas administrativas especiales, se excluyen de su ámbito de aplicación las encomiendas de gestión reguladas en la legislación en materia de régimen jurídico del sector público, no, en cambio, los encargos que los poderes adjudicadores pueden realizar en determinados supuestos a medios propios personificados, que se regulan en su artículo 32.

3
Las encomiendas de gestión en la legislación de contratos del sector público

Señalado lo anterior a manera de introducción necesaria, analizaremos ahora el marco legal actual de las encomiendas de gestión reguladas por la legislación contractual actual y, en consecuencia, los requisitos que según esta se manifiestan hoy como necesarios para que sea viable una encomienda de gestión, pues si bien los llamados contratos internos o *in house providing* que hay implícitos en las encomiendas de gestión no son una creación *ex novo* de la LCSP, precedente inmediato del TRLCSP, lo cierto es que es a partir de esta Ley cuando dichas encomiendas reciben una regulación mucho más matizada que la que se contenía en el artículo 3.1.l) del TRLCAP tras su modificación por el Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo.

Efectivamente, en la LCSP la regulación de las encomiendas de gestión fue mucho más matizada que en la legislación anterior, entre otras poderosas razones porque, como sucedía con otros muchos aspectos de esta Ley, el legislador dio con ella cumplimiento o, cuando menos, recogió muchos

de los pronunciamientos judiciales que en relación con este extremo se habían ido generando por el Tribunal de Justicia europeo y por la doctrina más autorizada elaborada en torno a estos pronunciamientos de la justicia comunitaria, y esta es la razón que nos lleva a considerar necesario el análisis previo de los antecedentes legislativos y de los orígenes de esta institución, a fin de interpretar debidamente su regulación actual.

3.1
Precedentes legislativos y evolución de la jurisprudencia. Las previsiones del TRLCAP

Como ya hemos dicho, la encomienda de gestión no siempre había sido objeto de atención por parte de la LCAP, pues en su redacción original no incorporó ninguna previsión al respecto, razón por la que las únicas referencias legales que teníamos en aquellos momentos en relación con este negocio jurídico eran las del artículo 15 de la LRJPAC, que tanta problemática ha suscitado cuando la encomienda tenía que recaer en una personificación pública de derecho privado.

Hasta el año 2005 no se incorporó esta cuestión al TRLCAP, cuando en virtud de una reforma legislativa la reguló en su artículo 3.1.l), que estableció que quedaban fuera del ámbito de aplicación de aquella Ley las encomiendas de gestión que se realizaran a favor de entidades o de sociedades cuyo capital social perteneciera totalmente a la propia Administración pública.

Este texto estuvo vigente hasta que la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, dio una nueva redacción a este precepto, incorporando con efectos del día 1 de enero de 2007 la redacción que se mantuvo hasta la entrada en vigor de la LCSP, según la cual quedaban fuera del ámbito de aplicación de la Ley:

> *[...] las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan.*
>
> *[...]*

3.1.1
Evolución jurisprudencial del concepto

Esta evolución de nuestro derecho positivo fue producto, aunque tardío, de la evolución que también se fue paulatinamente produciendo en la jurisprudencia comunitaria en torno a la interpretación de este concepto dentro del marco de 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, que no contenía determinación específica al respecto, por lo que se partía, para ello, de la finalidad fundamental de esta norma comunitaria que se deduce de su considerando 4, según el cual de lo que se trata es de que:

> *[...] Los Estados miembros deben velar por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados.*

De ello se desprende, a su vez, que el principio general respecto de los negocios jurídicos derivados de las relaciones entre poderes adjudicadores o de estos con otras personificaciones públicas, es el de su plena sujeción a la normativa comunitaria de contratos cuando se celebren a título oneroso y tengan por objeto alguno de los contratos que se regulan en la mencionada Directiva, pues como nos recuerda el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus sentencias de 18 de noviembre de 1999 y 11 de enero de 2005[15], el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es abrir la contratación pública a la mayor competencia posible, a la libre circulación de los servicios y a la competencia no falseada en todos los Estados miembros.

Y esta es la razón por la que, aunque es cierto que esta jurisprudencia comunitaria admitió la posibilidad de que una autoridad pública que es a la vez entidad adjudicadora pueda realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios y sin dar lugar a un contrato, mediante la utilización de la técnica de los llamados contratos internos o *in house providing*[16], también

15. Asuntos C-107/98, Teckal y otro, y C-26/2003, Stadt Halle y otro, respectivamente.

16. En la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de noviembre de 2012 (AR. JUR\2014\15229), al aplicar esta exclusión, se consideró que, en consecuencia, este tipo de encomiendas están excluidas del requisito de publicidad regulado en la legislación contractual.

es cierto que cualquier excepción a la obligación de aplicar las normas comunitarias de contratos, como esta de la contratación interna, tiene que ser interpretada de manera muy estricta y a la luz de cuál es el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

Vemos, pues, que el fundamento de esta institución descansa no tanto en las normas comunitarias como en la jurisprudencia que el Tribunal europeo ha ido dictando al interpretarlas, partiendo de la premisa esencial de la interpretación restrictiva de las excepciones a las normas comunitarias en materia de contratación. Es por ello que el estudio de la configuración jurisprudencial del régimen jurídico de las relaciones *in house* se manifiesta como esencial a la hora de determinar el alcance de esta figura en el derecho interno inmediatamente precedente, y por eso debemos tener en cuenta que esta configuración parte de la sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107-98, Teckal), que fue la que configuró los requisitos esenciales, que fueron posteriormente objeto de numerosas interpretaciones por parte del Tribunal de Luxemburgo.

3.1.2 Requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE

El fundamento de esta excepción radica en el vínculo existente entre el poder adjudicador y el ente sobre el que recae el encargo, que más que a la lógica contractual obedece a razones de pura organización interna del poder adjudicador, sin que el hecho de que ambos ostenten personalidad jurídica propia e independiente altere en absoluto esta lógica que, únicamente, juega a efectos formales pero no materiales, ya que la falta de auténtica autonomía del ente instrumental respecto del poder adjudicador se manifiesta como evidente.

Precisamente por ello, para esta primera sentencia es necesaria la concurrencia de dos requisitos básicos para que podamos hablar de relaciones *in house* que justifiquen la inexistencia de contrato, la falta de concurrencia competitiva y la inaplicación de la normativa comunitaria:

- En primer lugar, que el poder adjudicador encomendante ejerza sobre el ente encomendado un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- En segundo lugar, que el ente que recibe la encomienda realice la parte esencial de su actividad con el poder o poderes adjudicadores que lo controlan.

3.1.2.1
Primer requisito: parámetro de control del poder adjudicador

Por lo que se refiere a este primer requisito, tal y como se desprende del informe de la IGAE de 5 de junio de 2006 y de los informes 1/2006, de 9 de febrero, y 4/2007, de 28 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la jurisprudencia comunitaria posterior contenida en diferentes sentencias del Tribunal Europeo[17] podemos extraer las conclusiones siguientes:

- Que la participación, aun minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe también la entidad adjudicadora, excluye cualquier posibilidad de entender que esta última ejerce sobre la primera un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, razón por la que la reforma operada en el TRLCAP por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, dio una nueva redacción a su artículo 3.1.l), incorporando de forma expresa y con rango de requisito la exigencia de que el capital de las entidades y sociedades en las que ha de recaer la encomienda sea en su totalidad de titularidad pública.
- Que una participación muy minoritaria y casi simbólica en el capital del poder adjudicador encomendante es insuficiente para permitir este control.
- Que el hecho de que el poder adjudicador posea la totalidad del capital, a título individual o junto con otros poderes públicos, supone un indicio, aunque no decisivo, de que este poder adjudicador puede ostentar el control análogo exigido por la jurisprudencia.
- Que si posteriormente a la encomienda de gestión el ente que la recibe, que originalmente era de capital íntegramente público, pasa a tener una participación privada, puede ser considerada una operación en fraude de ley que enmascara la adjudicación de un contrato a una empresa de economía mixta, perdiendo en todo caso la concurrencia del requisito de control.
- Que este control tiene que permitir una influencia real y determinante, tanto en sus objetivos estratégicos como en sus decisiones

17. Sentencias del TJCE de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/2003, Stadt Halle), 21 de julio de 2005 (asunto C-231/03, CONAME), 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03, Parking Brixen), 10 de noviembre de 2005 (asunto C-29/04, Comisión Europea contra la República de Austria), 6 de abril de 2006 (asunto C-410/04, ANAV) y 11 de mayo de 2006 (asunto C-340/04, Carbotermo).

más trascendentales, razón por la que se puede presumir que no se ejerce este control análogo cuando en los estatutos de la entidad instrumental se confiere a sus administradores las más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad, sin reservarse al poder adjudicador encomendante ninguna facultad de control ni ningún derecho de voto especial.

3.1.2.2 Segundo requisito: parámetro de actividad del ente que recibe la encomienda

Respecto de este segundo requisito y partiendo, también, tanto del informe de la IGAE de 5 de junio de 2006 como de los informes 1/2006, de 9 de febrero, y 4/2007, de 28 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la jurisprudencia comunitaria posterior a 1999 contenida en la sentencia del Tribunal Europeo de 11 de mayo de 2006 (asunto C-340/04, Carbotermo), podemos extraer las conclusiones siguientes:

- Que este requisito tiene por particular objeto garantizar que la normativa sobre contratos continúe siendo aplicable en caso de que un ente controlado por uno o varios poderes adjudicadores opere en el mercado y pueda competir con otros entes o empresas.
- Que se puede considerar que el ente realiza la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador que le controla cuando su actividad está destinada principalmente a este poder, de forma que el resto tenga un carácter meramente marginal.
- Que el volumen de negocios determinante para realizar esta medición es el que el ente realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el poder adjudicador que le controla, y las actividades de este a tomar en consideración son todas las que el ente que recibe la encomienda lleve a cabo dentro del marco de la adjudicación efectuada por aquel, con independencia de que vayan dirigidas al beneficio directo del poder adjudicador o al de los usuarios de los servicios de su competencia, y de que esta actividad sea remunerada por el primero o por estos usuarios.
- En el supuesto de que sean varios los poderes adjudicadores que controlen al ente, el requisito de la actividad se analiza respecto de todos los poderes adjudicadores considerados en conjunto. De aquí que la reforma operada en el TRLCAP por la Ley 42/2006,

de 28 de diciembre, que dio una nueva redacción a su artículo 3.1.l), incorporara de forma expresa esta eventualidad, al referirse a "[…] la entidad o entidades que las controlan".

3.1.3 Novedades introducidas por la sentencia de 19 de abril de 2007 (asunto TRAGSA)

Estos parámetros de interpretación del cumplimiento de los dos requisitos de los que hablaba la sentencia Teckal en 1999, que han sido una constante reiterada por el TJCE durante más de 7 años de jurisprudencia comunitaria, sufrieron en los últimos tiempos de vigencia del TRLCAP algunos cambios, que no han estado exentos de innumerables críticas doctrinales, como consecuencia de la sentencia de 19 de abril de 2007, dictada por el Tribunal de Luxemburgo a raíz de la cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo mediante Auto de 1 de abril de 2005, a la vista de las sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000 (Ar. 72968/2001) y del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003 (Ar. 466/2004), respecto de la sociedad estatal TRAGSA[18].

En esta sentencia, referida a la sociedad pública española *Empresa de Transformación Agraria, S.A.* (TRAGSA), que es una sociedad dominante de un *holding* público que estaba participada en un 99 % por el Estado y en el 1 % restante por cuatro comunidades autónomas, y era definida por

18. Esta problemática había sido también objeto del Informe 1/2006, de 9 de febrero, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, que consideró que la aplicación de la doctrina comunitaria al caso de TRAGSA hacía inviable la instrumentación de las relaciones de la Administración de la Generalitat de Cataluña por la vía de encargos excluidos de la aplicación de la normativa contractual, por entender que no se cumplía ninguno de los requisitos exigidos, en el primer caso porque para las comunidades autónomas no concurría una situación real de control objetivamente apreciada, a pesar de que las normas reguladoras de TRAGSA la calificaran como medio propio instrumental y servicio técnico de aquellas, puesto que las comunidades autónomas globalmente consideradas únicamente participaban con un 1 % en su capital social. Respecto del segundo requisito, el referido a que TRAGSA realizara la parte esencial de su actividad, tampoco se cumplía, y, además, aunque el capital social de la sociedad matriz era íntegramente público, el de las restantes empresas del grupo, a las cuales se extendía la calificación de medio instrumental propio, tenía participación de capital privado, al ser empresas de capital mixto.

su normativa reguladora[19] como medio propio y servicio técnico instrumental del Estado y de las comunidades autónomas globalmente consideradas, se planteaban al Tribunal de Luxemburgo las cuestiones prejudiciales siguientes:

a) Si es admisible en los términos del artículo 86 CE, apartado 1, que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin someterse al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las directivas europeas dictadas al respecto.

b) Si un régimen jurídico parecido sería compatible con lo que se establece en las directivas CEE 93/36 y 93/37 del Consejo, 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, y 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, de modificación de las anteriores, normativa posteriormente refundida 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.

c) Si las afirmaciones de la sentencia España/Comisión (TJCE 2003, 122) son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y si esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante.

Respecto de las que resuelve en los términos siguientes:

- En cuanto a la primera cuestión, después de señalar que según el artículo 86 del Tratado los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado CE, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89 CE, ambos incluidos, el

19. Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, posteriormente modificada por el artículo 76 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, también de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Tribunal europeo declara su inadmisibilidad a trámite por no contenerse en la resolución de remisión las indicaciones precisas sobre la existencia de una posición dominante, sobre la explotación abusiva de esta por parte de TRAGSA ni sobre la repercusión de la mencionada posición dominante en el comercio entre los Estados miembros.

- En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, el Tribunal europeo entiende que las directivas 92/50/CE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, **no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por las mencionadas directivas, en tanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas,** desde el momento que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, y, por otra parte, la mencionada empresa realiza la parte esencial de su actividad con estas mismas autoridades.
- Respecto de la última cuestión prejudicial, el Tribunal europeo considera improcedente responder, a la vista de la respuesta dada a la cuestión anterior.

Esta decisión, además, tal y como nos recuerda el Informe 4/2007, de 28 de junio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, vino a añadir, a los ya establecidos por la jurisprudencia comunitaria anterior, un nuevo elemento para evaluar la concurrencia del requisito de que la actividad del ente que recibe la encomienda está destinada esencialmente al poder adjudicador que la realizaba, consistente en el hecho de que la entidad vinculada esté obligada o no a realizar los trabajos que le encomiende el ente o entes que ejercen el control, de manera que no tenga libertad de decisión respecto de su aceptación ni tampoco en relación con el régimen de tarifas aplicables a sus prestaciones.

Esta decisión del Tribunal europeo resolviendo las cuestiones prejudiciales sirvió de base para que el Tribunal Supremo dictara su sentencia de

30 de enero de 2008[20] (Ar. 645) por la que se desestimó el recurso de casación interpuesto por ASEMFO contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001, que previamente había desestimado el recurso interpuesto contra una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 1998, que desestimaba las pretensiones de ASEMFO, relativas al abuso de posición de dominio de TRAGSA por no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la legislación pública de contratos.

Pero, como ya hemos avanzado, la decisión del Tribunal europeo no estuvo exenta de ciertas críticas de una parte de la doctrina que, como el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Miguel Á. Bernal Blay, entendía que con ella este Tribunal se apartaba de su consolidada doctrina anterior, y abogaba, incluso, por entender que en ningún caso se tenía que interpretar como un cuestionamiento de aquella doctrina, sino como un mero error en la apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, que tenían que ser verificadas por el Tribunal Supremo, aunque lo cierto es que, como ya hemos visto, esta sentencia del TJCE sirvió de base al Tribunal Supremo para considerar ajustada a derecho la actividad de TRAGSA.

Las principales críticas doctrinales se centraron básicamente en los aspectos siguientes:

- En primer lugar, al considerar que el hecho de que el capital fuera íntegramente público, aunque no de una única entidad, no era dato suficiente para determinar la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre los servicios propios por parte de todas ellas, sino que se tiene que dar una situación de control efectivo por cada uno de estos entes, especialmente cuando, de ellos, tan solo 4 comunidades autónomas participan en su capital social, y de una manera simbólica, y el resto de comunidades autónomas simplemente pueden participar potencialmente.

20. Esta sentencia se dictó con los votos particulares de los magistrados Eduardo Espín Templado y Manuel Campos Sánchez-Bordona, por considerar que era necesario plantear una nueva cuestión prejudicial al Tribunal europeo, ante la declaración de inadmisibilidad, por carencia de datos, de la primera de las cuestiones que se le habían planteado, a fin de que, introduciendo determinadas precisiones que completaran esta carencia, determinara los límites de los legisladores nacionales en la configuración de un medio propio, a la luz no solamente del artículo 86 CE, sino también de los artículos 43 y 49 CE, relativos a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

- En segundo lugar, por entender que aceptar como fundamento del control análogo que la norma interna obligue a realizar la prestación encomendada es erróneo, pues la previsión normativa no es la causa de la existencia del control, sino una consecuencia del mismo.
- En tercer lugar, porque el hecho de que una Administración pueda fijar de manera autónoma y unilateral la tarifa o precio del encargo puede significar la existencia de un control, pero no necesariamente que este control suponga una influencia determinante en sus objetivos estratégicos o en sus decisiones más importantes.
- En cuarto lugar, porque si bien TRAGSA es una empresa de capital íntegramente público, en cambio era sociedad matriz de un grupo en el que se integraban también sociedades de economía mixta, y estas también recibían encomiendas de gestión.
- Por último, y por lo que se refiere al requisito de que el ente encomendado realice la parte esencial de su actividad para la entidad o entidades que efectúan la encomienda, por entender que no estaba limitado estatutariamente el porcentaje de actividad que TRAGSA podía realizar para otros entes diferentes del Estado y de las comunidades autónomas y, por tanto, podía oscilar en el tiempo.

Seguramente por eso la nueva LCSP introdujo en su disposición adicional trigésima determinadas previsiones sobre el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales, en las que, aunque se reitera su naturaleza de medio propio instrumental y servicio técnico del Estado, las comunidades autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de unos y otros, matiza en cierto modo su alcance, al dar tal consideración únicamente a las filiales de TRAGSA cuyo capital pertenezca íntegramente a esta sociedad pública, cerrando de este modo toda posibilidad de extender tal naturaleza a sociedades del grupo de capital mixto.

3.2
Las previsiones actuales del TRLCSP y su origen. Requisitos necesarios para que sea posible la encomienda

Partiendo de estos precedentes legislativos y jurisprudenciales, la LCSP también contempló la previsión de que los poderes adjudicadores pudieran, en determinados supuestos, efectuar encomiendas de gestión a otras entidades del sector público, y que dichas encomiendas quedasen al margen de esta Ley, es decir, excluidas de su ámbito de aplicación y sometidas a su

legislación especial, sin que les resultaran de aplicación los preceptos de esta norma, sino únicamente sus principios orientadores[21] a efectos de resolver las dudas o lagunas que pudieran presentarse.

Con estas previsiones, que son idénticas a las que contempla actualmente el TRLCSP, se excluyen del ámbito de aplicación del TRLCSP los negocios jurídicos en virtud de los cuales se encargue a una entidad del sector público que, conforme alo que señala el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del poder o poderes adjudicadores, la realización de una determinada prestación, sin perjuicio de que los contratos que la entidad tenga que celebrar con terceros para la realización de las prestaciones objeto del encargo hayan de quedar sometidos al TRLCSP, en los términos que resulten procedentes, de acuerdo con la naturaleza y según el tipo y cuantía del contrato y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título preliminar del TRLCSP, observando en su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190 de esta Ley.

Para que sea posible en este nuevo marco legal la encomienda de gestión, es necesario que así se haya previsto de forma expresa y de manera concreta y específica en la norma de creación de la entidad que recibe la encomienda o en sus estatutos reguladores, y solo respecto de aquellas entidades que, en su condición de ente encomendante o de ente que recibe la encomienda, cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

– Que el ente encomendante tenga la condición de poder adjudicador

La respuesta a esta primera cuestión nos viene dada directamente por el TRLCSP, que en su artículo 3.3 considera poderes adjudicadores a todas las Administraciones públicas, e individualmente o asociados entre sí, al resto de entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que no tengan tal condición, pero hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que tengan que ser considerados poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

21. Publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

– Que la entidad que recibe la encomienda pueda tener la condición de medio propio y servicio técnico del ente encomendante

Este segundo requisito exige a su vez que, de acuerdo con lo que establece el artículo 24.6 del TRLCSP, concurran en la entidad que recibe la encomienda las circunstancias siguientes:

- En primer lugar, que **se trate de entes, organismos y entidades del sector público**, concepto que nos viene concretado en el artículo 3.1 del propio TRLCSP y que resulta predicable, en todo caso y entre otros entes, organismos y entidades, de las Administraciones públicas estatal, autonómica y local; de sus organismos autónomos y entidades públicas empresariales; de las sociedades mercantiles y fundaciones participadas, directa o indirectamente, en más de un 50 % de su capital social en el caso de las primeras, o de su dotación inicial o patrimonio permanente en el caso de las segundas, por entes del sector público; así como por los consorcios administrativos.
- En segundo lugar, que **la actividad esencial de los entes que tengan que ser considerados medios propios instrumentales se destine al poder o poderes adjudicadores que realizan la encomienda**[22], o lo que es lo mismo, que globalmente considerada la actividad del ente esté principalmente destinada a los poderes adjudicadores que le controlan, tomando para ello como base el volumen de negocios que realice en virtud de decisiones de adjudicación de aquellos.
- En tercer lugar, que **los poderes adjudicadores que efectúen la encomienda ostenten sobre el ente que la recibe un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios**. En este caso, no obstante, la solución interpretativa nos viene dada no solo por la jurisprudencia que hemos analizado, sino también y especialmente por el propio TRLCSP, cuando establece que se entenderá en todo caso que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios, si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria por ellos, de acuerdo

22. Para el Tribunal de Justicia europeo, según la postura que adoptó en su sentencia de 11 de mayo de 2006 –asunto C-340/2003, Carbotermo SPA-, solo se puede considerar que una empresa realiza la parte esencial de su actividad con el ente que la controla, cuando la actividad de dicha empresa esté destinada principalmente a este ente, de forma que el resto de su actividad tenga un carácter meramente marginal.

con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente encomendante, y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

Con esta previsión, y a pesar de las críticas doctrinales, el legislador incorpora a la norma la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 19 de abril de 2007, dictada en el caso TRAGSA, que, como ya hemos dicho anteriormente, incorporó un nuevo elemento de evaluación del criterio del control a los que ya habían consolidado en su jurisprudencia anterior.

Nos encontramos, por tanto, ante la posibilidad de que sean la norma creadora del ente o sus estatutos reguladores los que den cumplimiento a este requisito, mediante la introducción en su texto de las determinaciones precisas para hacer realidad las premisas anteriores, en términos similares a lo que hace el propio TRLCSP con TRAGSA, en su disposición adicional 25.ª.

Respecto de las tarifas que corresponde aprobar al ente que realiza la encomienda para establecer la retribución es importante efectuar las observaciones siguientes:

a. Se tienen que establecer en base a criterios vinculados exclusivamente a los costes reales de producción o de realización de las prestaciones objeto de la encomienda. Por lo tanto, no cabe utilizar la denominación de presupuesto, ni incorporar ninguna cantidad en concepto de gastos generales ni de beneficio industrial[23].
b. Cuando una misma encomienda de gestión incluya, dentro de las actuaciones definidas en la misma, entregas de bienes y prestaciones de servicios, cuando sea posible su delimitación como partidas independientes, las calificadas como prestaciones de servicios no estarán sujetas a IVA y las calificadas como entregas de bienes sí. Si por el contrario no es posible tal delimitación, se deberá tener en cuenta la naturaleza de la operación que tenga más relevancia económica, y estará sujeta a IVA en función de tal naturaleza dominante[24].
c. Si bien en el caso de contratos y subvenciones y ayudas públicas sujetas a la LGS resulta posible adoptar el compromiso

23. Informe núm. 13/2015, de 12 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña.

24. Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos núm. V0681-15, de 27 de febrero.

de gasto en un ejercicio anterior al del inicio de su ejecución, en concepto de gastos de tramitación anticipada, en el caso de las encomiendas de gestión y convenios de colaboración no se podrán formalizar ni tampoco suscribir aquellos cuya ejecución presupuestaria se inicie en un ejercicio posterior[25]. En consecuencia, aunque se pueda iniciar la tramitación del expediente en un ejercicio anterior, su fiscalización previa y compromiso de gasto se tiene que realizar en el mismo ejercicio presupuestario en el que se vaya a formalizar y ejecutar presupuestariamente.

- En último lugar, que en el caso de las sociedades **la totalidad de su capital sea de titularidad pública,** lo cual acaba con el problema interpretativo que este extremo planteaba respecto de las fundaciones del sector público, al no tener este tipo de entidades un elemento que pueda ser considerado análogo, y que dio lugar al Informe 4/2007, de 28 de junio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en el que, respecto de este extremo, se llegó a las conclusiones siguientes:
  - Se descartaba toda posibilidad de que el requisito de capital íntegramente público no fuera exigible a las fundaciones del sector público, desde el momento que la jurisprudencia comunitaria y el artículo 3.1 del TRLCAP hacían alusión a "entidades y sociedades", aunque se consideraba posible interpretar que la presencia de entidades privadas sin ánimo de lucro en estas no alteraría los objetivos de interés público que persiguen los entes públicos que participan mayoritariamente.
  - Se consideraba que el capital de una fundación estaría integrado tanto por la dotación fundacional inicial como por las subvenciones públicas que ingresaran posteriormente.
  - Se constataba que en el que entonces era proyecto de LCSP, a efectos del requisito del capital, ya no se hacía referencia a *entidades*, sino únicamente a *sociedades*.

  En la actualidad, en consecuencia, este criterio no resulta exigible respecto de las fundaciones privadas, que pueden tener la condición de medios propios instrumentales y servicios técnicos de uno o más poderes adjudicadores, siempre que se trate de las fundaciones

25. Circular de la IGAE de 18 de octubre de 2013.

del sector público a las que se refiere el artículo 3.1.f) del TRLCSP[26], y cumplan los restantes requisitos materiales y formales que estamos analizando.

No obstante, respecto de esta segunda condición globalmente considerada de que el ente que recibe la encomienda pueda tener la condición de medio propio y servicio técnico del ente encomendante, se había planteado una duda durante la vigencia del TRLCAP, respecto de si cabía la posibilidad de que los ayuntamientos que integraban una mancomunidad de municipios pudieran efectuar encomiendas de gestión, al amparo de aquella norma, a una sociedad mercantil cuyo capital perteneciera íntegra y exclusivamente a la referida mancomunidad, que había sido objeto de consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, quien en su Informe 15/2007, de 26 de marzo, con una interpretación muy literal y restrictiva de la ley, concluyó que no cabía tal posibilidad:

> *[...] el capital de la Sociedad no pertenece a los ayuntamientos sino a la Mancomunidad (artículos 2, 6 y siguientes de los Estatutos) ni del examen de esos últimos se desprende algún control efectivo de los ayuntamientos sobre la Sociedad, por lo que, incluso prescindiendo del requisito de que la mayor parte de la actividad se realice con los ayuntamientos, no concurre el requisito de control efectivo idéntico al de sus propios servicios que exige la letra l) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para admitir acuerdos de encomiendas de gestión con régimen jurídico excluido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

Respecto de esta cuestión no acabamos de compartir la solución dada por dicho Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, por su carácter excesivamente restrictivo y literal, desde el momento que una mancomunidad no deja de ser más que un conjunto de municipios que de manera asociada gestionan un servicio de su competencia, por lo que la sociedad mercantil no es otra cosa que el instrumento municipal para gestionarlo de forma directa y de manera asociada. En consecuencia, resulta evidente que los municipios, como titulares del servicio, no solamente tienen sobre la mancomunidad un control efectivo idéntico al que ejercen sobre sus propios servicios, sino que se trata, efectivamente, de uno de sus propios servicios, respecto del cual ejercen un control colectivo a

26. Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integrantes del sector público, o el patrimonio fundacional de las cuales, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

través de los órganos de la propia mancomunidad, integrados de forma exclusiva y única por los representantes de los ayuntamientos de los municipios asociados.

Cuestión diferente es la tratada por esta Junta Consultiva en dos informes posteriores[27]. En el primero, negando la posibilidad de considerar como medio propio de las entidades locales de la provincia de Málaga a una sociedad cuyo capital social pertenece íntegramente a la Diputación provincial como medio propio de esta, al entender que no pueden ejercer sobre la misma un control análogo al que ejercerían sobre sus propios servicios, salvo que entren en su capital social, en contra de lo que había dictaminado cuatro años antes la Junta Consultiva de Contratación Pública de Andalucía[28], que entendió que una sociedad de la Junta de Andalucía se consideraba medio propio instrumental de las entidades locales andaluzas con las que la Comunidad Autónoma formalice un convenio de colaboración, aunque no participen en su capital, en base a la doctrina jurisprudencial fijada respecto de TRAGSA, al considerar que la participación en el capital solo constituye un indicio que no es decisivo, no constituyendo, por tanto, un requisito necesario para la existencia del control análogo.

En el segundo informe, la Junta Consultiva estatal niega la misma posibilidad a una empresa de un ayuntamiento catalán respecto de otros ayuntamientos con los que formalice un convenio en el que se pacte esta condición.

– Que la norma de creación o los estatutos reguladores de la entidad que recibe la encomienda hayan determinado de forma expresa y específica lo siguiente[29]:

a) Esta condición de la entidad como medio propio y servicio técnico del poder adjudicador encomendante.

b) Las entidades respecto de las que tenga esta condición, precisando el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir y las condiciones en las que se les puedan adjudicar directamente contratos.

27. Informes núm. 2/2012, de 7 de junio, y 24/2012, de 14 de diciembre.

28. Informe núm. 13/2008, de 22 de diciembre.

29. Motivo por el cual la Recomendación núm. 2/2009, de 22 de abril, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, recomendaba que, a efectos de dar cumplimiento al artículo 24.6 de la LCSP, las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía tenían que adaptar sus normas de creación o estatutos, con objeto de recoger tal previsión.

c) La imposibilidad de que estas entidades participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador encomendante, sin perjuicio de que, de no acudir licitadores, pueda este encargarles, mediante encomienda de gestión, la ejecución de la prestación que constituya el objeto del contrato cuya licitación resulte desierta.

Respecto de este tercer requisito el TRLCSP introduce una medida de seguridad jurídica, puesto que no solo exige, como hacía el TRLCAP, que los entes que tengan que recibir encomiendas de gestión por parte de los poderes adjudicadores reúnan los requisitos exigidos por la normativa y jurisprudencia comunitaria y por la normativa interna, sino que, además, establece la necesidad de que la norma creadora del ente o sus estatutos reguladores contengan determinadas previsiones mínimas al respecto, que no dejen margen para ninguna duda, referidas básicamente al hecho de que el ente ostenta tal condición y los poderes adjudicadores respecto de los que la ostenta, así como el régimen jurídico de estas encomiendas y las condiciones en las que se les pueden adjudicar directamente contratos, así como, en todo caso, la prohibición de participar en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador encomendante[30], sin perjuicio de que, de no acudir licitadores, pueda este encargarles, mediante encomienda de gestión, la ejecución de la prestación que constituya el objeto del contrato cuya licitación quede desierta.

– Régimen jurídico y limitaciones de la contratación externa

Para finalizar, el TRLCSP contempla un último requisito en relación con las encomiendas de gestión, que hace referencia al régimen jurídico de la actividad contractual del ente que la recibe, cuando para llevarla a cabo ha de acudir a la contratación externa, y que, en determinados supuestos, lleva inherente algunas limitaciones, al establecer que cuando las prestaciones encomendadas generen la necesidad de suscribir contratos con terceros, estos contratos, que como ha señalado la jurisprudencia[31] únicamente son imputables al ente que recibe la encomienda y nunca al ente encomendante, han de quedar sometidos al TRLCSP de acuerdo con la naturaleza jurídica

30. Para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña (Informe núm. 4/2010, de 26 de marzo), esta imposibilidad de concurrir a licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del cual se constituye en medio propio no enerva, lógicamente, su capacidad de concurrir a licitaciones convocadas por otros entes, organismos o entidades del sector público.

31. STS de 9 de diciembre de 2013 (Ar. RJ\2013\8174).

del ente receptor de la encomienda, que, en muchos supuestos, generará la existencia de un contrato privado, y también de acuerdo con el tipo y cuantía del contrato, es decir, según se trate de contratos sujetos a regulación armonizada o no y según su cuantía supere o no los umbrales económicos que el TRLCSP establece.

Y cuando se trate de la ejecución de obras, la entidad no podrá contratar con terceros más del 50 % de su importe, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 24.4 *in fine* del TRLCSP, al tratarse de la realización de obras por Administración.

En relación con este aspecto se tienen que realizar dos consideraciones:

a. La primera, y así lo ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias[32], que esta posibilidad de contratar con terceros deriva del hecho de que la condición de medio propio o servicio técnico no requiere necesariamente que la entidad disponga de todos los medios necesarios para llevarla a cabo, por lo que puede contratar con terceros los recursos o medios complementarios que resulten necesarios, siempre y cuando estas contrataciones se lleven a cabo de acuerdo con el TRLCSP.

b. La segunda, que se podría plantear la duda de si la previsión contenida en el artículo 24.4 *in fine* del TRLCSP nos resulta aplicable, al no tener este apartado del precepto naturaleza básica, pero lo cierto es que, al menos en mi opinión, mientras la legislación catalana no establezca otra cosa resulta indudable su aplicación supletoria, sin ninguna posibilidad de excepcionarla por vía de una mera previsión en contrario en los pliegos de cláusulas, ni tan solo cuando estos tengan carácter general.

   En este sentido entiendo que la legislación catalana podrá en su momento variar este porcentaje o no, pero nunca podrá eliminarlo, pues es evidente que si lo hiciera y el 100 % de la obra fuera objeto de contratación externa, resultaría imposible ya hablar de ejecución de obras por Administración, y que si no se trata de la ejecución de obras por Administración, tampoco cabría la encomienda de gestión, pues tal y como establece el artículo 24.1.a) del TRLCSP, son obras por Administración las que el poder adjudicador lleva a cabo utilizando exclusivamente medios propios o con la colaboración parcial de empresarios cuando, entre otros supuestos, la Administración disponga de servicios técnicos sufi-

32. Informe núm. 2/2012, de 10 de abril.

cientemente aptos para su realización, lo que no es otra cosa que los medios propios y servicios técnicos de que habla el propio TRLCSP en su artículo 24.6 al regular los requisitos de las encomiendas de gestión.

De hecho, así lo ha considerado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado[33].

En consecuencia, todas las encomiendas de gestión o contratos *in house* que no se ajusten a estas exigencias, constituirán una utilización anómala de esta figura que será contraria a la ley y que, a su vez, habrá generado una relación contractual vulnerando los principios comunitarios de publicidad y concurrencia. Incluso, en algunos casos, en función del objeto de la encomienda, ha generado que los juzgados y tribunales de lo social consideren que con la utilización de esta técnica se ha producido una auténtica cesión ilegal de trabajadores[34], prohibida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, ya que, en estos, el objeto de la encomienda consistía únicamente en proveer de mano de obra al ente encomendante, por lo que resolvieron en muchos casos declarar la condición de trabajadores indefinidos no fijos de los demandantes, respecto de la entidad que efectuaba la encomienda, al considerarla realizada en fraude de ley.

3.3
Las nuevas previsiones de las directivas comunitarias

A diferencia de la anterior Directiva sobre contratación pública[35], la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que deroga la anterior y que se encuentra pendiente de transposición al derecho interno, a pesar de haber pasado el plazo previsto para ello, regula en su artículo 12, por primera vez en el ámbito comunitario, los contratos públicos adjudicados entre entidades del sector público, después de declarar en su Considerando 31 que así lo aconsejaba la considerable inseguridad jurídica respecto de los supuestos en que los contratos entre entidades del sector público tenían que quedar sometidos a las normas de contratación pública, ante las diferentes interpretaciones que se estaban produciendo de

33. Así lo entendió la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe núm. 13/2012, de 27 de septiembre.

34. SSTSJ de Andalucía de 4 de mayo de 2010 y de Murcia de 10 de diciembre del 2012 y 24 de junio de 2014 (Ar. AS\2010\1151, AS\2013\630 y AS\2014\2757).

35. Directiva 2004/18/CE.

la jurisprudencia comunitaria dictada al respecto entre los diferentes Estados de la Unión, incluso entre los diferentes poderes adjudicadores.

Por eso, bajo el doble principio de que el mero hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí solo la aplicación de las normas de contratación, y que, sin embargo, la normativa comunitaria no tiene que interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público de su competencia utilizando sus propios recursos, incluidos los derivados de la cooperación interadministrativa, regula en su artículo 12 los contratos públicos entre entidades del sector público, asegurando que la cooperación entre entidades públicas no genere un falseamiento de la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una situación de ventaja respecto de sus competidores.

A tal fin, su artículo 12 regula **cuatro supuestos de contratos públicos** adjudicados entre entidades del sector público que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, que, tal y como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su Informe núm. 13/2015, de 12 de noviembre, se concretan en las modalidades siguientes:

- **El contrato *in house* ordinario,** que es el que dio lugar a la jurisprudencia comunitaria y el que se recogió en el TRLCSP, en los términos que anteriormente hemos analizado.
- **El contrato *in house* inverso,** en el que es el medio propio o la entidad controlada quien contrata a la entidad controladora.
- **El contrato *in house* horizontal,** que es el suscrito entre dos entidades controladas por una misma entidad.
- **El contrato *in house* con una entidad controlada de manera conjunta por varios poderes adjudicadores.**

En todas estas modalidades es necesario que se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

a. Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de la que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, considerando que se da esta situación cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada, bien directamente, bien mediante otra persona jurídica controlada por el poder adjudicador.

   En la última de las modalidades de contrato *in house*, es decir, en los suscritos con una entidad controlada de manera conjunta por varios poderes adjudicadores, este control será conjunto entre todos ellos, circunstancia que se producirá en los supuestos siguientes:

– Cuando los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes, con la posibilidad de que cada representante pueda representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos.
– Que estos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y
– Que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

b. Que más del 80 % de las actividades de esta persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador o poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por estos.
Para calcular este porcentaje se ha de tomar en consideración la media del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato, salvo que debido a la fecha de creación o del inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador o debido a la reorganización de sus actividades, estos datos no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia. En este caso será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

c. Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, ni ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada. No obstante, se prevé la posibilidad de que la legislación nacional, de conformidad con los tratados, imponga formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario[36].

36. La STC 103/2015, de 28 de mayo, se refiere a esta posibilidad, al señalar que las nuevas directivas en materia de contratación "[…] han venido a despejar la inseguridad jurídica existente sobre cuándo los contratos celebrados entre entidades del sector público están o no sujetos a las normas de contratación pública, especificando que aun cuando, con carácter general la encomienda de un poder adjudicador a una entidad del sector público

A estas modalidades de contratos *in house* añade en su apartado 4, como negocio excluido, l**a cooperación horizontal** o cooperación entre poderes adjudicadores para la prestación conjunta de servicios públicos, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

a. Que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes, con el fin de garantizar que los servicios públicos que les incumban se prestan de forma que se logren los objetivos que tienen en común.
b. Que el desarrollo de esta cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y
c. Que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de cooperación, calculado por el mismo procedimiento que en los supuestos anteriores.

Por último, y para finalizar, únicamente recordar que este precepto de la Directiva, como se recoge en el Informe núm. 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, ha sido considerado por la Abogacía del Estado, a efectos de su aplicación directa una vez transcurrido el plazo de transposición de la Directiva, en los términos siguientes:

> *[…] esta norma del derecho de la Unión Europea establece en la materia que disciplina una regulación muy detallada que, por eso, hace innecesaria realmente la promulgación de una norma de Derecho nacional que desarrolle o complete las previsiones de aquella con el fin de posibilitar su efectiva aplicación […]*

Por esta razón lo consideraba aplicable, de acuerdo con la Jurisprudencia del TJUE, incluso antes de que finalice el plazo de transposición de la Directiva, con la única excepción de la referencia a la participación de capital privado en el medio propio o la persona jurídica controlada contenida en los apartados 1.2) y 2 del propio precepto, respecto de la cual, como el propio artículo indica, la imposición expresa de esta participación requiere disposición legal nacional.

---

controlado por este, pero participada por los particulares, no puede ser objeto de encomienda directa, ya que ello otorgaría al operador económico una ventaja competitiva, ello no es predicable de los supuestos en los que una norma legal o administrativa de derecho interno, acorde con los tratados, es la que encarga la prestación del servicio público a una organización en cuyo capital participan obligatoriamente operadores privados, siempre que esta participación no permita bloquear ni controlar la persona jurídica controlada –empresa mixta– ni les otorgue una influencia decisiva en las decisiones [considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE y art. 12 c)]".

3.4
La nueva Ley de Contratos del Sector Público

En este nuevo marco perfilado por las actuales directivas comunitarias se sitúa en estos momentos la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que según su disposición final 13.ª entrará en vigor en su totalidad[37] el día 9 de marzo de 2018, y que tal y como el propio texto indica en su disposición final 5.ª, tiene por objeto incorporar a nuestro ordenamiento las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE y 2014/23/UE, ambas de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y sobre adjudicación de contratos de concesión.

En esta Ley, además de contemplarse en su disposición adicional 24.ª un régimen jurídico específico para TRAGSA y su filial TRAGSATEC, bajo la denominación de "encargos a medios propios personificados", se diferencia entre la encomienda de gestión regulada actualmente por la LRJSP, que excluye de su ámbito de aplicación en su artículo 6.3, y los convenios interadministrativos y encargos a medios propios que, sin excluirlos, regula de forma específica en sus artículos 30 a 33, aunque, como veremos, no en todos los casos con carácter básico.

En estos preceptos, después de establecer en el artículo 31 un reconocimiento explícito de la potestad de autoorganización y de los sistemas de cooperación pública entre entidades pertenecientes al sector público, tanto de naturaleza vertical, mediante sistemas de cooperación consistentes en el uso de medios propios personificados, como de naturaleza horizontal, mediante la formalización de convenios, en ambos casos de naturaleza no contractual, y de autorizar para estos casos la realización conjunta de contrataciones y de su responsabilidad, distingue entre la ejecución directa de prestaciones por la Administración con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados, que regula en su artículo 30, y los encargos a medios propios personificados, aplicando un régimen jurídico distinto según sean realizados por poderes adjudicadores o por entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador.

37. Salvo por lo que se refiere al tercer párrafo del apartado 1 de su artículo 150, que no lo hará hasta que entre en vigor la disposición reglamentaria que lo desarrolle.

3.4.1 Ejecución directa de prestaciones por la Administración con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados

La ejecución directa de prestaciones por la Administración se regula en el artículo 30, aunque, según se deriva del número 3 de su disposición final 1.ª, en calidad de legislación no básica.

Según estas previsiones, la ejecución directa de prestaciones por la Administración se puede instrumentar bien con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios, siempre que no se trate de medios propios personificados, ya que en este caso la Ley nos remite al encargo de gestión. Puede ir referida a la ejecución de obras o a la fabricación de bienes muebles, ya que, a diferencia de las previsiones actuales, la prestación de servicios ha de ser normalmente realizada por la propia Administración con sus propios medios, y solo cuando carezca de estos y previa justificación en el expediente, mediante contratación externa, generando de esta manera un principio de preferencia por la prestación directa, frente a la externalización, que en el caso de los servicios parece configurarse como fórmula residual.

3.4.1.1 Ejecución de obras por la Administración

Procederá esta fórmula respecto de la ejecución de obras por la Administración, con o sin la colaboración de empresarios particulares, en los mismos casos que actualmente regula el TRLCSP, es decir, cuando se den los siguientes supuestos:

a. Que la Administración tenga montados fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución.
b. Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 % del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.
c. Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada.

d. Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120 de la propia Ley.
e. Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo.
f. Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes.
g. Las obras de mera conservación y mantenimiento que define en su artículo 230.5.
h. Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el régimen previsto en el artículo 145.6 de la Ley, relativo a la valoración de las ofertas con más de un criterio de adjudicación.

Con la previsión de que en los supuestos contemplados en las letras a), b), c), e) y f)se tendrá que redactar el correspondiente proyecto en los términos reglamentariamente previstos, y con la posibilidad de utilizar en todos los casos, como hasta ahora, la colaboración de empresarios particulares, siempre que esta no sobrepase, en los supuestos a) y b), el 60 % del importe total del proyecto, con lo que se eleva el límite actual del 50 %.

La relación contractual con estos empresarios, que deberá ir precedida de la autorización de la ejecución de las obras y, en su caso, de la aprobación del proyecto, por el órgano competente para la aprobación del gasto, será la de un contrato de obras que se adjudicará de acuerdo con los procedimientos de selección del contratista regulados con carácter general por la propia Ley, con la excepción, como hasta ahora, de los supuestos de emergencia.

3.4.1.2 Fabricación de bienes muebles por la Administración

Procederá esta fórmula respecto de la fabricación de bienes muebles por la Administración, con o sin la colaboración de empresarios particulares, cuando concurra alguno de los supuestos previstos para las obras en los apartados a), c), d) y e) anteriores, o en el supuesto previsto en el apartado b) cuando se obtenga un ahorro superior al 20 % del presupuesto del suministro o una mayor celeridad en su ejecución, decantándose en este caso el principio de preferencia por la externalización, frente a la fabricación directa, salvo que se refiera a la fabricación de bienes muebles que,

por razones de defensa o de interés militar, resulte conveniente ejecutar por la Administración.

En este supuesto, la relación contractual con estos empresarios, que deberá ir precedida de la autorización de la fabricación de los muebles por el órgano competente para la aprobación del gasto, será la de un contrato de suministro que, como en el caso de las obras, se adjudicará de acuerdo con los procedimientos de selección del contratista regulados con carácter general por la propia Ley, con la excepción, como hasta ahora, de los supuestos de emergencia.

3.4.2
Encargos a medios propios personificados

Por el contrario, cuando los encargos afecten a prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, o concesión de obras o servicios, y se realicen a medios propios personificados, nos encontraremos ante los denominados contratos *in house* o encargos de gestión, que no tendrán la consideración jurídica de contrato y que únicamente quedan sometidos a un régimen jurídico específico, establecido con la condición de regulación básica, que será diferente según que el ente encomendante tenga la condición de poder adjudicador o sea simplemente una entidad del sector público que no tenga tal consideración[38].

3.4.2.1
Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados

Cuando se trate de poderes adjudicadores del sector público que decidan ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras,

38. El propio Preámbulo nos anuncia que, "siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de 'medio propio' disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad".

suministros, servicios, o concesión de obras o servicios a través de medios propios personificados, se sujetarán al régimen establecido con carácter básico en el artículo 32 de la Ley que venimos comentando.

Según este precepto, no tendrá la consideración de contrato, sino la de encargo a medios propios realizado en ejercicio de su potestad de autoorganización, la ejecución directa por los poderes adjudicadores de prestaciones propias de los contratos de obras, servicios, suministros, concesión de obras y concesión de servicios públicos por parte de los poderes adjudicadores, mediante un encargo a otra persona jurídica distinta que, con independencia de su sujeción al derecho público o al privado, tenga respecto del poder adjudicador encomendante la condición de medio propio, a cambio de una compensación económica de carácter tarifario.

Idéntico régimen jurídico se aplicará cuando la encomienda de gestión sea inversa u horizontal, es decir, cuando el medio propio o la entidad controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que lo controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo.

A estos efectos, la Ley determina los requisitos que deben cumplir estas personas jurídicas para ostentar esta condición de medio propio[39], distinguiendo entre que se trate de medios propios de una única entidad del sector público o de varias:

- **Medio propio de un único poder adjudicador**

En este supuesto resulta necesario que se trate de personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan la totalidad de los requisitos siguientes:

a. Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas, entendiéndose que se ostenta este control análogo cuando él mismo, o bien otro u otros poderes adjudicadores

39. Estos requisitos se tienen que mantener en todo momento, ya que su incumplimiento sobrevenido, como de forma expresa determina el artículo 32.5 de la nueva LCSP, comporta la pérdida de la condición de medio propio personificado y la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada, aunque no afecta a los encargos en estado de ejecución, que pueden ser concluidos.

o personas jurídicas controladas por él, puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo, por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

En este caso, la compensación económica se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado y en la forma que reglamentariamente se determine, pero tendrán que ser calculadas de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas por el medio propio, y atendiendo al coste efectivo soportado por este respecto de las actividades encomendadas que se subcontraten con empresarios particulares, cuando el coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas.

b. Que más del 80 % de las actividades del ente que recibe el encargo se lleven a cabo por encargo del ente encomendante o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por este, calculándose este porcentaje, si es posible[40], con referencia a los tres ejercicios inmediatamente anteriores, a partir del promedio del volumen global de negocios, de los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, o a partir de otro indicador alternativo de actividad que resulte fiable.

Pero con la obligación formal de que el cumplimiento efectivo de este requisito quede reflejado en la Memoria de las Cuentas Anuales del ente que recibe el encargo y sea, por tanto, objeto de verificación por el auditor de cuentas correspondiente.

c. Además, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente sujeto a derecho privado, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

40. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador encomendante o a la reorganización de sus actividades, el volumen global de negocios o, en su caso, otro indicador alternativo de actividad no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

d. Que esta condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que lo efectúa figure de forma expresa en sus estatutos sociales o actos de creación, previa conformidad o autorización expresa del poder adjudicador correspondiente y previa verificación por parte de este de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social, aspecto este último que se presume cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos, subgrupos y categorías que ostente.

Con este objeto, los estatutos sociales o el acto de creación correspondiente deberán determinar los extremos siguientes:

– El poder adjudicador respecto del que tienen tal condición.
– El régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir.
– La imposibilidad de que estos entes puedan participar en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, salvo que no concurra ningún licitador, pues en este supuesto se les puede encargar la ejecución que constituye su objeto.

No obstante, de conformidad con la disposición final 7.ª de la Ley, este último requisito entrará en vigor de forma diferida, a los 10 meses de la publicación de la Ley en el BOE, aspecto que tenemos que entender referido a aquellos extremos del requisito que son de nueva incorporación, ya que con el TRLCSP ya resulta necesaria la previa determinación estatutaria de la condición de medio propio.

• **Medio propio de varios poderes adjudicadores**

Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan los requisitos previstos anteriormente para los supuestos de medios propios de un solo poder adjudicador, con las especialidades siguientes:

a. Respecto del requisito de control, que los poderes adjudicadores encomendantes ejerzan sobre el ente que recibe el encargo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades, entendiéndose a estos efectos que existe este control conjunto cuando se cumplan la totalidad de las condiciones siguientes:

- Que en los órganos decisorios del ente que recibe el encargo estén representados todos los poderes adjudicadores potencialmente encomendantes, pero con la posibilidad de que cada representante pueda representar a varios entes, incluso a todos.
- Que los poderes adjudicadores encomendantes puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente que recibe el encargo.
- Que el ente que recibe el encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes encomendantes.

b. Respecto del requisito de actividad, que más del 80 por ciento de las actividades del ente que recibe el encargo, calculado de idéntica forma y con el mismo régimen jurídico que en el supuesto de un único poder adjudicador, se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por las entidades encomendantes o por otras personas jurídicas controladas por estas.

Tanto en uno como en otro caso, estos encargos quedan sujetos al siguiente procedimiento y régimen jurídico:

- La previa publicación por el medio propio personificado en la Plataforma de Contratación correspondiente de su condición como medio propio personificado, con detalle de los poderes adjudicadores frente a los cuales la ostenta y de los sectores de actividad comprendidos en su objeto social respecto de los que puede ejecutar prestaciones susceptibles de este tipo de encargos.
- La formalización documental, con expresión de su plazo de duración, y su publicación en la Plataforma de Contratación correspondiente, cuando su importe sea superior a 50 000 euros, IVA excluido, serán objeto, así mismo, de publicación en el perfil de contratante.
- La posibilidad de contratar con terceros –mediante contratos sometidos a la legislación de contratos del sector público de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos– prestaciones objeto del encargo hasta un máximo del 50 % de su cuantía, salvo en los supuestos siguientes:
  - Que se trate de contratos de obras que celebren los medios propios a los que se haya encargado una concesión de obras o de servicios.
  - Que se trate de la gestión de servicios públicos mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, o cuando esta gestión se atribuya a una sociedad de derecho privado de capital íntegramente público.

En el primer supuesto, entiendo que la excepción se fundamenta en que la realización de las obras no constituye la totalidad del objeto del contrato, y en el segundo, en la evidencia de que en estos casos no estamos ante un encargo de gestión a medios propios, sino ante una gestión directa del servicio, descentralizada mediante entes de carácter instrumental.

Establece la nueva LCSP, además, un trámite de autorización del Consejo de Ministros para el sector público estatal que, por razones obvias, no resulta de aplicación básica[41].

3.4.2.2 Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados

Cuando las entidades del sector público que actúen no tengan la condición de poder adjudicador, también nos encontraremos con un contrato *in house* o encargo de gestión a un medio propio personificado que no tiene la condición de contrato y que se realiza a cambio de una compensación económica, pero, a diferencia del supuesto anterior, en este caso quien actúa en calidad de encomendante no es un poder adjudicador, sino una entidad del sector público que no tiene tal condición.

A esos efectos resulta necesario que la persona jurídica de la que se vale la entidad encomendante tenga la condición de medio propio personificado de esta, con independencia de que se encuentre sujeto a derecho público o a derecho privado, para lo cual resulta necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

a. Control directo o indirecto de la entidad encomendante sobre el ente que recibe la encomienda en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio[42].

41. En este sentido, cuando el apartado 3 de la disposición final 1.ª de la nueva LCSP declara el carácter no básico de la letra c) del apartado 5 del artículo 32, entiendo que se trata de una errata y que realmente el carácter no básico del precepto ha de referirse a la letra c) del apartado 6 del mismo.

42. El texto literal de este precepto es el siguiente:

Artículo 42.

1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a. Posea la mayoría de los derechos de voto.

b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

2. *La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico.*
3. *La sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá incluir en ellas, a las sociedades integrantes del grupo en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, así como a cualquier empresa dominada por estas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social.*
4. *La junta general de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá designar a los auditores de cuentas que habrán de controlar las cuentas anuales y el informe de gestión del grupo. Los auditores verificarán la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales consolidadas.*
5. *Las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los socios de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de ges-*

b. Que el capital social o patrimonio del ente que recibe la encomienda sea de titularidad pública.
c. Que más del 80 % de sus actividades se lleven a cabo en virtud de encargos realizados por el ente encomendante que le controla o por otras personas jurídicas controladas por este, y así quede reflejado en la Memoria de sus Cuentas Anuales y verificado por sus auditores con motivo de la auditoria anual de estas.

Con la previsión específica, para el sector público estatal, de que también resultará de aplicación este régimen a los encargos de gestión que se produzcan entre sus personificaciones jurídicas, cuando se dé entre ellas una relación de control o una participación directa o indirecta en su capital.

De todo lo expuesto se deriva que el legislador español recoge en esta Ley las previsiones de la Directiva de manera mucho más exhaustiva de lo que actualmente lo hace el TRLCSP, configurando este negocio jurídico no como un negocio excluido de la legislación de contratos del sector público, sino como un negocio excluido de la consideración de contrato, que, en cambio, regula de forma expresa, dotándolo de un régimen jurídico específico del que cabe realizar las reflexiones siguientes:

– Sigue manteniendo la presunción de la existencia de control análogo al que el poder adjudicador encomendante ostenta sobre sus propios servicios, derivada de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 19 de abril de 2007, dictada en el caso TRAGSA, por el mero hecho de que el poder o poderes adjudicadores encomendantes puedan conferirle encargos de ejecución obligatoria por así establecerlo sus estatutos o el acto de creación, a pesar de las críticas doctrinales que cuestionaban este modelo, por considerar que solo constituía un indicio de este control y no garantizaba un control efectivo.
– La prohibición tácita de que el medio propio externalice más del 50 % de las prestaciones encargadas, y la exigencia de que cuente

tión del grupo y del informe de los auditores de cuentas en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas.

6. *Lo dispuesto en la presente sección será de aplicación a los casos en que voluntariamente cualquier persona física o jurídica formule y publique cuentas consolidadas. Igualmente se aplicarán estas normas, en cuanto sea posible, a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o jurídica distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo.*

con los medios personales y materiales apropiados para la realización del encargo de acuerdo con su objeto social, nos hacen concebir ciertas esperanzas sobre la correcta utilización de esta figura en el futuro, que permita superar su utilización actual en muchos casos desviada, con el único fin de utilizarla como mera vía de escape de la legislación contractual.

– La dicción literal de la Ley impedirá la condición de las fundaciones privadas como medio propio de poderes adjudicadores, desde el momento en que la prohibición de participación privada va referida no solo al capital, sino también al patrimonio.
– Por último y también por lo que se refiere a la prohibición de participación privada en el ente que realiza el encargo, la Ley opta por no hacer uso de la posibilidad prevista en la Directiva de imponer formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario.

4
Las relaciones interadministrativas y los convenios administrativos

Si este es el estado de la cuestión respecto de la regulación de las encomiendas de gestión sujetas a la legislación de Régimen Jurídico del Sector Público y a la legislación contractual, la situación de la regulación de los convenios de colaboración ha sido todavía más grave, al haber estado carente esta figura, salvo por algunas excepciones relacionadas con los convenios urbanísticos, de una regulación concreta y unitaria de su régimen jurídico, pues no fue hasta que el Tribunal de Cuentas[43] puso de manifiesto esta cuestión, proponiendo una serie de medidas, que se creó conciencia de esta situación, hasta el punto de que esta intervención del Tribunal de Cuentas ha sido determinante y ha actuado como motor del cambio y, por tanto, ha sido la causante de que la LRJSP contenga en estos momentos una regulación más amplía de los convenios –aunque todavía sea claramente insuficiente y parcial– y, en general, de las relaciones interadministrativas.

43. Dictamen núm. 878/2010, de 30 de noviembre.

4.1
Las relaciones interadministrativas en la LRJSP

Por lo que se refiere a las relaciones interadministrativas genéricamente consideradas, los artículos 140 a 154 y la disposición adicional 9.ª de la LRJSP se refieren a esta cuestión, estableciendo los mismos principios generales reguladores de las relaciones interadministrativa que anteriormente se contenían en los artículos 3 y 4 de la LRJPAC, con la única variación de incluir de forma expresa el principio de adecuación a la orden de distribución de competencias establecido en la CE, en los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas y en la normativa de régimen local, y de precisar que en las relaciones de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas con el sector local, se estará a lo que disponga la legislación básica de régimen local.

En concreto, y por lo que se refiere al deber de colaboración y de cooperación de las distintas Administraciones, la LRJSP introduce las siguientes particularidades:

4.1.1
Respecto de las relaciones de colaboración

- Matiza que se ha de facilitar información al resto de Administraciones públicas, también, cuando la precisen para que los ciudadanos puedan acceder de forma integral a la información relativa a una materia, especificando que no solo podrá denegarse cuando no se esté facultado para prestarla de acuerdo con su normativa específica, cuando no se disponga de los medios suficientes para ello o se causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tenga encomendada o al cumplimiento de sus funciones, sino también cuando la información tenga carácter confidencial o reservado.
- Se contempla la posibilidad de acordar que los gastos que genere este deber de colaboración sean repercutidos a la Administración que la solicita.
- Se incrementan las técnicas de colaboración, con la posibilidad de crear y mantener sistemas integrados de información administrativa, con el objeto de disponer de datos actualizados, completos y permanentes en todo el territorio, y con la precisión de que el deber de asistencia y auxilio recíproco es especialmente exigible

cuando los efectos de su actividad administrativa se extienden fuera de su ámbito territorial.

4.1.2 Respecto de las relaciones de cooperación

- Se regulan de manera más detallada que en el artículo 5 de la LRJPAC el deber y las técnicas de cooperación entre Administraciones públicas, en particular por lo que se refiere a las técnicas orgánicas mediante órganos de cooperación multilateral o bilateral de ámbito general o especial, constituidos por representantes de las Administraciones afectadas para acordar voluntariamente actuaciones que mejoren el ejercicio de sus propias competencias, e inscritos necesariamente en el Registro estatal correspondiente cuando participe el Estado.
- Se regulan, como órganos de cooperación multilateral, la composición, funciones, régimen de funcionamiento y de sus decisiones de las Conferencias de Presidentes integradas por el presidente del Gobierno central y los de los Gobiernos autonómicos, y las Conferencias Sectoriales, presididas por el miembro del Gobierno central competente por razón de la materia e integradas por los representantes correspondientes de los Gobiernos autonómicos, así como las comisiones sectoriales y grupos de trabajo, como órganos de trabajo y apoyo de las anteriores, las Comisiones Bilaterales de Cooperación y las Comisiones Territoriales de Coordinación.
- Se regula en su disposición adicional 9.ª la Comisión Sectorial de administración electrónica, dependiente de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, en la que existe una representación de las entidades locales, con el fin de garantizar la compatibilidad e interoperabilidad de sistemas y aplicaciones empleados por las Administraciones públicas, de impulsar el desarrollo de la administración electrónica y de asegurar la cooperación de las Administraciones públicas para proporcionar información clara, actualizada e inequívoca.

4.2
Los convenios administrativos: precedentes legislativos y regulación en la LRJSP

Dentro de este marco, y como instrumentación no personificada de esta colaboración y cooperación, la LRJSP regula en sus artículos 47 a 53 y en su disposición adicional 8.ª los convenios de colaboración, con la intención de incorporar por primera vez a nuestro ordenamiento una regulación unitaria y acabada que los distinga de otras figuras jurídicas afines, pues, como ya hemos apuntado al principio de este trabajo, nuestro ordenamiento jurídico no establecía una regulación general aplicable a los convenios de colaboración, aunque sí existían referencias concretas a ellos, diseminadas en varias normas legales y reglamentarias y en regulaciones puntuales aplicables a algunos tipos concretos de convenios.

4.2.1
Precedentes legislativos de la LRJSP

Efectivamente, desde el punto de vista local, con anterioridad a la LRJSP tan solo disponíamos, a nivel de legislación básica, de la regulación genérica contenida en la legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones públicas, tanto general como local, y en la de contratos del sector público. Pero si prescindimos de la regulación de los convenios interadministrativos que se suscriben entre Administraciones o entes públicos, normalmente en materia de cooperación, que se contiene en el artículo 57 de la LRBRL, se trataba de una regulación muy puntual destinada a hacer un reconocimiento genérico de la posibilidad de que las Administraciones pudieran suscribir convenios entre ellas o con los particulares, como hace el artículo 88 de la LRJPAC; a determinar los órganos competentes para su aprobación, como hace el artículo 22.2.c) de la LRBRL respecto de los urbanísticos; o a excluirlos de la legislación contractual, como hace el TRLCSP en su artículo 4.1, al señalar lo siguiente:

> *1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:*
> *[...]*
> *c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las universidades públicas, las comunidades autónomas, las entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades*

públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.

d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

[...]

Esta última Ley, en su artículo 4.2, también remite la regulación de los convenios a sus normas especiales, aunque con la previsión de que les serán aplicables los principios orientadores del TRLCSP para resolver las dudas o lagunas que pudieran presentarse[44], de la misma manera que lo hacía el hoy derogado artículo 88 de la LRJPAC cuando, al regular la terminación convencional de los procedimientos, autorizaba a las Administraciones a celebrar convenios con personas de derecho público y de derecho privado, siempre que no fueran contrarios al ordenamiento jurídico, no versaran sobre materias no susceptibles de transacción, tuvieran por objeto satisfacer el interés público que tenían encomendado, y no supusieran alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondieran a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos, regulando su contenido mínimo, para después establecer que el alcance, efectos y régimen jurídico específico de cada convenio sería el que en cada caso contemplara la disposición que lo regulara.

Pero lo cierto es que, como normas de carácter especial aplicables solamente a determinados convenios de colaboración, si prescindimos de los de carácter urbanístico, únicamente podríamos mencionar, a título de ejemplo, las previsiones que se contenían en los artículos 6 y 8 de la LRJPAC respecto de los celebrados entre la Administración General del Estado y sus organismos vinculados o dependientes, de una parte, y los órganos correspondientes de las comunidades autónomas, de otra, que eran normas referidas al contenido de los instrumentos de formalización de los convenios, a las competencias de los órganos mixtos de vigilancia y control que eventualmente se crearan, a la posibilidad de suscripción de protocolos generales, a la creación de consorcios u otras organizaciones comunes de gestión

44. Principios de publicidad y concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

de los convenios (art. 6, apartados 2 a 5), y a los efectos y publicidad de los convenios (art. 8), normas que, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 9 de la propia LRJPAC, resultaban de aplicación supletoria en el caso de convenios de colaboración suscritos entre la Administración General del Estado o sus organismos vinculados o dependientes y las entidades locales.

En suma, de lo hasta ahora expuesto podemos concluir que hasta la LRJSP, si exceptuamos los convenios urbanísticos, los restantes convenios de colaboración que celebraran los entes locales se regían, en primera instancia, por las disposiciones generales aplicables a este tipo de negocios jurídicos (entre ellas, muy especialmente, por la previsión contenida en el artículo 4 del TRLCSP) y, además, por las normas especiales que en cada caso pudieran resultarles aplicables, como, por ejemplo, las contenidas en los artículos 6 y 8 de la LRJPAC, cuando en consideración a las partes intervinientes se encontraran entre los convenios regulados en estas normas especiales.

En el caso de Cataluña, no obstante, como consecuencia de la regulación contenida en los artículos 108 a 112 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas catalanas, sí disponíamos antes de la LRJSP de una mínima regulación unitaria del régimen jurídico de los convenios administrativos.

Pero si prescindimos de la legislación autonómica, lo cierto es que, hasta la LRJSP, carecíamos de una delimitación conceptual de esta figura que nos permitiera diferenciarla de los contratos, ya que ni el TRLCSP ni la LRJPAC proporcionaron en su momento definición alguna de los convenios de colaboración, a pesar de que, debido a sus características configuradoras, hacían difícil su distinción de otras figuras contractuales.

Por ello, esta falta de un precepto legal o reglamentario que definiera estos convenios dio lugar a dos concepciones doctrinales: una que manejaba un concepto estricto de convenio, y consideraba que la figura del convenio tenía que limitarse a los supuestos en que dos o más entes públicos asumían conjuntamente la gestión de un servicio que era de interés o titularidad común, mientras que en el contrato administrativo una de las dos partes colabora en la prestación de un servicio cuya titularidad corresponde a la otra, de manera que una actúa como Administración contratante y otra como contratista o ejecutora de la prestación convenida en virtud de un precio; y otra concepción doctrinal que, por el contrario, manejando un concepto más amplio, consideraba que en los convenios de colaboración se borraba la distinción, por razón del objeto, entre estos convenios y los contratos regulados por el TRLCSP, de forma que unos y otros se conciben como técnicas alternativas utilizables discrecionalmente por la Administración.

Si prescindimos del concepto amplio de convenio de colaboración, ya que, como hemos visto, el TRLCSP excluye toda posibilidad de que las Administraciones públicas territoriales y las entidades públicas dependientes de las mismas celebren convenios de colaboración que tengan por objeto el que es propio del contrato de obras, de suministro, de consultoría y de servicios, y acudiendo, por lo tanto, al concepto estricto de convenio de colaboración, podíamos afirmar que, aunque ambas figuras –convenio de colaboración y contrato– tuvieran en común la nota de ser actos o negocios jurídicos de carácter bilateral, resultado del concurso de la libre voluntad de las partes, su diferencia estribaba en la diferente posición y finalidad de las partes en el mismo, y a su vez, y como consecuencia de ello, en la diferente instrumentación o articulación jurídica del contenido que se aprecia en el convenio de colaboración y en el contrato administrativo.

Así, si seguimos a la Abogacía del Estado, "el convenio de colaboración tiene como punto de partida un supuesto preciso, como es la existencia de dos (o más) partes que tienen competencias o funciones concurrentes, al menos complementarias, sobre una misma realidad material o, lo que es lo mismo, persiguen finalidades comunes cuya consecución se articula mediante la puesta en común y de forma coordinada por ambas partes de medios personales, materiales o de ambos para la obtención de esta finalidad común, de la que resultan así ser cogestores, participando igualmente de forma común o conjunta en el resultado obtenido. Todo esto hace que la nota característica de esta figura sea, como lo denota su propia denominación, la cooperación o colaboración de las partes por razón precisamente de esta comunidad de finalidades".

Por el contrario, también según la Abogacía del Estado, "en el contrato desaparece la idea de concurrencia de competencias o funciones sobre la misma realidad material y, por lo tanto, la idea de comunidad de fin, surgiendo la posición de cada parte como una posición independiente, tendente a la satisfacción de su propio interés, lo que tiene por consecuencia que la relación contractual gire en torno al principio de sinalagmaticidad, es decir, la reciprocidad o interdependencia de las prestaciones que se deben las partes y que resalta, al tratar de la causa de los contratos, el inciso inicial del artículo 1274 del Código Civil ('En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o prometida de una cosa o servicio por la otra parte')".

Pero aplicar este criterio de distinción en cada caso al concreto supuesto que analizáramos, como recordaba la Abogacía del Estado, entrañaba una operación de calificación jurídica en la que, necesariamente, se tenía que tomar en consideración el conjunto total de las cláusulas, previsiones o

estipulaciones del documento a calificar, aplicando el criterio general previsto en el artículo 1285 del Código Civil –interpretación de las cláusulas de los contratos las unas por las otras–, que ha sido confirmado por reiterada doctrina jurisprudencial[45].

4.2.2 Regulación de los convenios de colaboración en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, y en la LRJSP

Este estado de cosas se mantuvo en Cataluña hasta la promulgación de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, que, hasta la entrada en vigor de la LRJSP, ha venido regulando en sus artículos 107 a 112 los convenios de colaboración en solitario[46], en un intento de aportar una regulación unitaria de esta figura, avanzando de esta manera algunas de las previsiones que actualmente se contienen en la primera de estas normas, como seguidamente veremos.

En estos momentos, junto con la Ley catalana anteriormente mencionada y junto a las referencias contenidas en el artículo 57 de la LRBRL y correlativos de la legislación autonómica de régimen local, respecto de los convenios de cooperación interadministrativa, los convenios administrativos se encuentran regulados por los artículos 47 a 53 de la LRJSP, ya que, tal y como ya hemos avanzado, el artículo 4 del TRLCSP excluye de su ámbito de aplicación tanto los convenios de colaboración interadministrativa, como los que las Administraciones celebren con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado.

Actualmente la LRJSP realiza una detallada regulación del régimen jurídico de los convenios administrativos, a los que la LRJPAC únicamente dedicaba su art. 6, mediante la regulación de sus aspectos fundamentales, con la previsión explícita de que esta regulación no resulta aplicable a las

45. SSTS de 21 de abril de 1951, 24 de octubre de 1963, 19 de noviembre de 1965, 2 de febrero de 1975, 18 de junio de 1992 (RJ 1992, 5320) y 10 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4017).

46. En la Ley catalana se regulan las características generales de los convenios –concepto y exclusiones– con una habilitación general a las Administraciones públicas para suscribirlos, su régimen jurídico, forma y contenido, el procedimiento y expediente a tramitar con carácter previo a su suscripción y su eficacia y publicidad.

encomiendas de gestión ni a los acuerdos de terminación convencional de procedimientos, y con la obligación de adaptar en un plazo de 3 años los convenios vigentes suscritos con anterioridad a su entrada en vigor, que, no obstante, se producirá de forma automática respecto de su vigencia y por un plazo máximo de 4 años más, a contar desde la entrada en vigor de la Ley, respecto de aquellos que no la tengan establecida o estuvieran en situación de prórroga tácita por tiempo indefinido.

4.2.2.1 Definición y clases

La LRJSP define los convenios como acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones públicas, organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, y Universidades, entre sí o con privados, para un fin común, limitando toda posibilidad de que tengan por objeto prestaciones propias de los contratos[47], y excluyendo de forma expresa de este concepto los protocolos generales de actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intenciones o expresen la voluntad de actuar con un objetivo común, en términos similares a lo que hizo en su momento el artículo 108 de la Ley catalana, que precisaba su sujeción a derecho público, e incorporaba el principio general de que el nombre no hace la cosa, cuando establece que, con independencia de su denominación, se considerará convenio toda relación jurídica que se ajuste a su definición.

En la Ley catalana se precisan, además, otros extremos que en algún caso se pueden considerar obvios, como que los convenios tienen carácter voluntario y deben estipularse en términos de igualdad de las partes.

A estos efectos la LRJSP realiza una clasificación de los convenios que la doctrina considera incompleta, en los tipos siguientes:

– Convenios interadministrativos entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de distintas Administraciones públicas, para el ejercicio de competencias propias, exceptuando los que puedan suscribirse entre comunidades autónomas para la gestión y prestación de servicios propios.

47. Este carácter no contractual y su exclusión del ámbito de aplicación del TRLCSP se ponen de manifiesto en la Ley catalana, cuando en su artículo 109.1 establece que no serán de aplicación las prerrogativas que la legislación de contratos del sector público atribuye a los órganos de contratación.

Dentro de estos convenios se incluyen los de cooperación interadministrativa entre entes de la Administración local y las Administraciones estatal y/o autonómica, ya sea directamente o mediante sus entes instrumentales, que según la legislación de régimen jurídico tienen carácter voluntario, pueden ir referidos tanto a servicios locales como a asuntos de interés común, se tienen que comunicar al resto de Administraciones interesadas no firmantes del convenio y tienen que mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

– Convenios intraadministrativos entre Administraciones públicas o entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la misma Administración.
– Convenios entre Administraciones públicas u organismos y entidades de derecho público y un sujeto de derecho privado, dentro de los cuales entiendo que se integran los suscritos con sujetos de derecho privado del sector público.
– Convenios entre Administraciones públicas y órganos, organismos o entes de un sujeto de derecho internacional, no constitutivos de tratado internacional ni de acuerdo internacional administrativo o no normativo.

4.2.2.2 Requisitos de validez

Los convenios, que según la Ley catalana obligan desde su firma, salvo que en ellos se disponga otra cosa, y que de acuerdo con la LRJSP se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes, previa aprobación por el órgano competente y posterior formalización en documento administrativo, ya que, como exige el artículo 110.1 de la Ley catalana, se formalizan por escrito, se han de circunscribir al ámbito de competencias de los sujetos públicos firmantes, sin comportar la cesión de su titularidad; en el caso municipal, por tanto, ya se ostenten estas competencias en calidad de competencias propias o delegadas, o se trate de las competencias distintas de las anteriores a las que se refiere el artículo 7 de la LRBRL, si se ha dado cumplimiento a las exigencias formales que en el mismo se regulan.

Además, estos convenios han de mejorar la eficacia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, con sujeción plena a la legislación presupuestaria.

Para ello han de ser financieramente sostenibles y no han de contener compromisos superiores a los gastos derivados de su ejecución, y todos estos aspectos han de quedar justificados en una memoria justificativa[48] única para todas las partes, en la que se analicen los aspectos siguientes:

- Su necesidad y oportunidad, justificando que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 48.3 de la LRJSP mejora la eficiencia de la gestión pública, facilita la utilización conjunta de medios y servicios públicos y/o contribuye a la realización de actividades de utilidad pública. Además, de servir de instrumento a una subvención, se tiene que justificar, también, que cumple con lo previsto por la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y restante normativa aplicable, tal y como de forma expresa exige la LRJSP y, anteriormente, el artículo 109.3 de la Ley catalana. De tener por objeto una delegación de competencias de otras Administraciones a favor de entidades locales, se ha de justificar, además, que cumple con las determinaciones de la legislación de régimen local.
- La concreción de la competencia con la que cada parte actúa y que sirve de marco al convenio.
- Su impacto económico, justificando que el convenio cumple con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que las aportaciones financieras que se comprometen no son superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio y, más concretamente, que las partes firmantes tienen capacidad para financiarlas durante la vigencia del convenio.
- El carácter no contractual de su objeto, puesto que, tal y como determina el artículo 47.1 de la LRJSP, no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos.
- Su adecuación a las restantes previsiones de la LRJSP.

48. El artículo 111.3 de la Ley catalana solo la contempla respecto de los convenios que suscriban la Administración autonómica y sus entes dependientes, junto con un proyecto de convenio, sus antecedentes, una memoria económica y los correspondientes informes jurídico y del interventor, así como el del Departamento que ostenta la responsabilidad del Registro de Convenios.

4.2.2.3 Contenido

La LRJSP exige el siguiente contenido mínimo de los convenios:

- Sujetos que suscriben el convenio y la capacidad jurídica con la que actúan, extremo al que el artículo 110.2.c) añade la referencia expresa a la aprobación por el órgano competente cuando resulte preceptivo.
- La competencia en la que se fundamenta la actuación.
- Objeto del convenio y actuaciones a realizar por cada una de las partes, indicando, si procede, la titularidad de los resultados obtenidos.
- Obligaciones y, en su caso, compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto por la legislación presupuestaria.
- Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, si procede, los criterios para determinar las posibles indemnizaciones derivadas de este.
- Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes, a fin de resolver los problemas de interpretación[49] y cumplimiento que se puedan plantear.
- Régimen de modificación del convenio.
- Plazo de vigencia del convenio, que no podrá exceder de 4 años, salvo en los supuestos en los que una norma específica así lo contemple expresamente, debiéndose justificar en la memoria, sin perjuicio de su posible prórroga antes de la finalización del plazo de duración, cuando medie acuerdo unánime de las partes y hasta un máximo de cuatro años adicionales[50].

49. A estos efectos el artículo 109.2 de la Ley catalana establece que los convenios se rigen por sus cláusulas, por la propia Ley catalana, a la que tenemos que añadir la LRJSP, por la legislación de régimen local o por la correspondiente legislación sectorial, y, para resolver sus dudas y lagunas, por los principios del TRLCSP, lo que supone una aplicación directa de lo previsto en el número 2 del artículo 4 de esta última Ley.

50. En la Ley catalana la prórroga solo tenía que ser expresa si el convenio comportaba compromisos de gasto económico.

> A estos efectos, por imperativo de lo previsto en la disposición adicional 8.ª de la LRJSP, todos los convenios vigentes que tengan un plazo de duración superior a 4 años se tendrán que adaptar al plazo máximo legal antes del próximo día 2 de octubre de 2019, salvo los que tengan un plazo de duración indefinida o tengan establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido, pues en este supuesto la adaptación se produce de forma automática y, por ministerio de la Ley, finalizarán el día 2 de octubre de 2020.

A estas previsiones, la Ley catalana añade la relativa a la determinación de los órganos y procedimientos a los que se someten las diferencias que puedan surgir sobre la interpretación y el cumplimiento del convenio, sin perjuicio de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y un contenido aproximativo de los extremos típicos de los convenios que se pueden contener en los protocolos, excluyendo solo todo aquello que supone un carácter obligacional.

4.2.2.4
Trámites preceptivos para su suscripción y efectos

Según la Ley catalana, la suscripción de un convenio ha de ir precedida de la instrucción del procedimiento que resulte aplicable, del referido informe previo de la Intervención u órgano económico-financiero competente en función de la naturaleza del ente, cuando comporte gastos específicos con cargo al presupuesto, y aunque la LRJSP no lo prevé de forma expresa, es evidente que idénticos requisitos procedimentales se derivan de la legislación general de procedimiento administrativo y de la económico-presupuestaria.

En la LRJSP los convenios se tienen que comunicar electrónicamente al Tribunal de Cuentas u órgano autonómico correspondiente, cuando sus compromisos económicos superen los 600 000 €, así como sus prórrogas, variaciones, alteración de los compromisos económicos asumidos y extinción, sin perjuicio de las facultades de estos órganos fiscalizadores de reclamar los datos y documentos que estimen pertinentes.

Estas previsiones del artículo 53 de la LRJSP han sido desarrolladas para el sector público local mediante la Resolución de 2 de diciembre de 2016, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de este órgano de 24 de noviembre de 2016, que aprobó la instrucción relativa a la remisión telemática al Tribunal de convenios y de relaciones anuales de los celebrados por las entidades del sector público local.

Según esta instrucción, la obligación de las entidades del sector público local[51] de enviar información sobre los convenios al Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de las facultades de este Tribunal para reclamar información adicional, se concreta en los aspectos siguientes:

- La obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas, dentro de los tres meses siguientes a su suscripción, los convenios suscritos cuyos compromisos económicos superen los 600 000 €, mediante la remisión de una copia del convenio acompañada de la correspondiente memoria justificativa.
- La obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se produzcan, los documentos de aprobación y de formalización de las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, la alteración de los importes de los compromisos económicos asumidos y la extinción de los convenios previstos en el apartado anterior.
- La obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas los convenios suscritos cuyos compromisos económicos no superen inicialmente los 600 000 €, pero que como consecuencia de modificaciones posteriores, aislada o conjuntamente, eleven los compromisos económicos asumidos por encima de los 600 000 €. Esta obligación se tiene que llevar a cabo dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se produzca la variación, mediante la remisión de una copia del convenio acompañada de la correspondiente memoria justificativa, y otra de los documentos de aprobación y de formalización de las modificaciones.
- La obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas, con carácter anual y dentro de los dos primeros meses de cada año, una relación certificada comprensiva de todos los convenios formalizados durante el ejercicio inmediatamente anterior por los entes locales y, en este caso**, también, por su sector público institucional vinculado o dependiente, con independencia del régimen jurídico público o privado al que estén sometidos.**
  Esta obligación resulta vigente a contar desde el ejercicio 2017, por lo que la primera comunicación se tendrá que realizar antes de que finalice el mes de febrero de 2018.

51. A efectos de esta obligación en el ámbito local, de lo dispuesto por el artículo 2 de la LRJSP se deriva que resulta de aplicación a las entidades que integran la Administración local y a su público institucional, integrado por los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de los entes locales.

A estos efectos la propia Resolución determina qué se entiende por compromisos económicos asumidos: el importe total de las aportaciones financieras que se comprometan a realizar el conjunto de sujetos que suscriben el convenio, con independencia de la aportación que corresponda a cada parte.

La comunicación y remisión de información se ha de llevar a cabo, dentro de los plazos indicados, por procedimiento telemático mediante la Plataforma de "Rendición de Cuentas de las Entidades Locales" (www.rendicioncuentas.es), aportando la documentación exigida y formalizando los datos básicos que se requieran en la Plataforma.

No obstante todo lo anterior, en aquellas comunidades autónomas que, como Cataluña, tienen competencias y órganos propios en esta materia, se tendrá que estar, como el propio precepto indica, a lo que disponga su propia normativa[52], que establece la obligación de remitir al Registro de Convenios de Colaboración y Cooperación de la Generalitat de Cataluña la información siguiente:

- La relación de convenios vigentes, con independencia de la cuantía de sus compromisos, con indicación de la fecha, las partes que los firman, su objeto, los derechos y las obligaciones de cualquier tipo que generen y su período de vigencia.
- Las eventuales modificaciones de cualquiera de sus parámetros y la fecha y la forma en que se han producido.
- La información relativa al cumplimiento y la ejecución de los convenios.

Como consecuencia de esta Resolución, la remisión de esta información implica a su vez el cumplimiento simultáneo de la obligación adicional referente a los convenios con compromisos económicos superiores a 600 000 €, prevista en la propia legislación de transparencia, y de la contemplada en el artículo 309.1 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprobó el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los entes locales de Cataluña –ROAS–, de remitir el acuerdo de aprobación y la copia del correspondiente convenio a la Dirección General de Administración Local del Departamento correspondiente de la Generalitat de Cataluña.

A estas previsiones se añaden las relativas a la publicidad de los convenios, contempladas en el artículo 112 de la Ley catalana, y en los artículos 8.1.b) y 14, respectivamente, de la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y

52. Resolución de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña de 31 de julio de 2017.

de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña.

Según la primera de estas leyes, en Cataluña los convenios que afecten a terceras personas, los que comporten una alteración del ejercicio de las competencias de las Administraciones, organismos o entidades públicas, o de los órganos administrativos, y los demás convenios en que así se establezca por ley o por reglamento, solo son eficaces si, una vez firmados, son publicados íntegramente en los correspondientes diarios o boletines oficiales de las Administraciones implicadas.

Según la Ley estatal de transparencia, han de ser objeto de publicidad activa, además de las encomiendas de gestión, 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, detalle al que la legislación de transparencia catalana añade la fecha del convenio y de sus posibles modificaciones.

4.2.2.5 Extinción y liquidación

Los convenios se extinguen por su cumplimiento o en los supuestos siguientes:

- vencimiento;
- acuerdo unánime de las partes;
- incumplimiento, previo requerimiento, con o sin indemnización;
- decisión judicial declaratoria de su nulidad, o
- cualquier otra causa prevista en el convenio o en las leyes.

Y ello exigirá su previa liquidación, a fin de determinar las obligaciones y compromisos de las partes, y, cuando de estos convenios se deriven compromisos financieros, para efectuar esta liquidación se ha de atender a las reglas siguientes:

– Si el importe de las actuaciones ejecutadas por alguna de las partes fuera inferior a los fondos recibidos del resto para financiarlo, tendrá que reintegrar el exceso en el plazo máximo de un mes desde la liquidación y, en su caso, los intereses de demora correspondientes.

– Si este importe es superior, las restantes partes, en el mismo plazo, le tendrán que abonar la diferencia, con el límite de los compromisos económicos asumidos.

Este nuevo marco jurídico de los convenios no ha estado exento de críticas de la doctrina, por su parcialidad e insuficiencia, y en este sentido coincido con Á. Menéndez Rexach[53] en que el legislador podría haber aprovechado para definir y diferenciar, a nivel conceptual, el significado de los convenios y su distinción con los contratos; la tipología de convenios es incompleta y puramente descriptiva o retórica, ya que no distingue regímenes jurídicos diferentes o especialidades; y la regulación resulta insuficiente y se tendría que haber previsto un desarrollo reglamentario, como hizo la LRJPAC.

Ello me lleva a concluir que, a pesar de que puede resultar un avance, hubiera sido deseable una regulación más matizada en cuanto a la naturaleza jurídica del convenio respecto del contrato, y más completa, mediante la regulación de los convenios a partir de tres ideas fundamentales:

a. La regulación de los aspectos comunes de todos los convenios, tanto los regulados por la LRJSP como los regulados por la legislación especial, de forma que vincularan al legislador sectorial sus determinaciones.
b. La regulación de los tipos de convenios específicos que contempla la propia LRJSP, como por ejemplo los de terminación convencional de los procedimientos o los convenios en los que se formalizan las encomiendas de gestión sujetas a la LRJSP, con la definición de sus particularidades.
c. La remisión a la legislación sectorial para regular otros tipos de convenios especiales como, por ejemplo, los urbanísticos.

53. Menéndez Rexach, Ángel, "Encomiendas de gestión y convenios", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), núm. 41, 2016.

Ciudadanía y participación por medios electrónicos. Un futuro incierto

Julián Garrán Díaz
Doctorando en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide

1. La ciudadanía española y la participación política
2. Las innovaciones democráticas
3. Nuevo papel parlamentario
4. ¿Cuál es el resultado? Algunos datos
5. ¿Hacia dónde nos dirigimos?
6. Referencias bibliográficas

Resumen

La democracia ha sufrido a lo largo de la historia innumerables reformulaciones, debates, reflexiones, y en definitiva toda una amalgama de opiniones discrepantes que han construido el fundamento de su razón de ser. Es precisamente en su gestión de la desconcordia, del conflicto y de la disparidad de opiniones donde la democracia ha terminado por consolidar el perfil ciudadano del *zoon politikon*. La operativización y la conclusión última que persiste en la actualidad es la democracia representativa, con matices respecto al equilibrio de poder entre instituciones, parcelas habilitadas a la participación y otras clasificaciones complementarias, tales como la democracia de audiencia, de partidos, parlamentaria o la *e-democracy*. Este arreglo operativo ha sufrido con el fenómeno de la globalización un nuevo golpe que hace tambalear su propia lógica y el pilar que lo dota de contenido racional: la representación. El presente texto tiene por objeto reflexionar sobre los bastiones

Artículo recibido el 26/01/2018; aceptado el 12/02/2018.

de nuestra concepción de participación y el papel que juegan los nuevos medios electrónicos como agente potencial de un nuevo horizonte democrático en el entorno del ente público básico: la Administración local.

Palabras clave: *democracia; participación local; democracia electrónica; administración electrónica; innovación democrática*.

Citizenship, participation and new technologies. An uncertain future

Abstract

Democracy has suffered countless reformulations, debates, reflections and, in the end, different and divergent opinions which has built it. It is precisely in relation to the management of division, conflict and difference where democracy has consolidated the zoon politikon. The operationalization and the conclusion which remains nowadays is representative democracy, although with shades in relation to the equilibrium between the powers of institutions, spaces for participation and other complementary classifications, such as audience democracy, political party's democracy, parliamentary democracy, e-democracy. This arrangement faces new challenges in the aftermath of globalization: the representation. This article explores the concept of participation and the role of the new technologies as potential agents of the new democratic horizon in an essential public institution: the local administration.

Keywords: democracy; local participation; e-democracy; e-administration; democratic innovation.

1
La ciudadanía española y la participación política

En la actualidad, la conciencia o también llamada cultura democrática española dirige su atención, como otras sociedades democráticas, hacia la introducción de métodos y mecanismos de participación. Unos mecanismos que prometen resaltarán el valor tan empobrecido que tiene el ciudadano en la *res publica*. De hecho, es muy habitual escuchar a algunos ciudadanos rememorar a la Grecia clásica, con sus consejos ciudadanos y una partici-

pación que se suponía íntegra. Y es en torno a esa imagen bajo la que se construye un nuevo ideal democrático.

Este ideal se ha hecho posible gracias a la introducción de las TIC y la extensión de las redes sociales, en las que la sociedad ha visto la oportunidad de acercar ese *reino de los cielos* enunciado por Rousseau a la realidad inmediata. Rousseau se refería a un concepto de democracia basado en la participación del todo, y eso parece ser la pretensión de una sociedad que ignora en ocasiones las dificultades mecánicas a las que se enfrenta nuestro sistema, derivadas de pretender una extensión ya no del voto, sino de la voluntad particular de cada individuo en cada momento dado.

Históricamente la extensión de los Estados-nación trajo consigo las grandes comunidades y en consecuencia la representación como única salvaguarda de la democracia. Sin embargo, la globalización ha destruido la lógica de las democracias indisociables del marco estado-nación (Bobbio 2007). Este nuevo hito histórico trae de nuevo el debate a la palestra, la representación en el punto de mira, y la participación como la solución a los males endémicos de la democracia.

Si en algo destaca nuestra sociedad es en que su relación con la participación ha estado estrechamente vinculada a dos experiencias participativas. Por un lado, el método participativo deliberativo, cuya máxima referencia es el debate y la reflexión que conlleva, y por otro, el agregativo, cuya simplificación mecánica es el voto, mucho más afable a los poderes públicos. Más afable si entendemos que su adaptación al orden jurídico y al proceder burocrático es más acorde y se acomoda sin ningún problema, ya que viene precedido de una reflexión surgida en el seno del poder público. En este caso sucede que la pregunta, consulta o debate no se produce en la sociedad civil articulada o no colectivamente, sino que se produce en las mismas instituciones u órganos que la formulan. Aspecto diferente es el considerar competencia de la sociedad civil alguna atribuida expresamente a una institución, pudiéndose considerar una dejación de funciones; lo cierto es que diluye la competencia potestativa asumida por la Administración y las instituciones políticas. Sendos métodos no son excluyentes, por lo que es muy habitual que se produzcan preferencias por uno u otro en según qué asuntos o comunidades. Esa complementariedad supone la participación política activa por excelencia, ya que es la sociedad civil la que se pregunta a sí misma, debate sobre ello y decide. Sin que ello suponga un esfuerzo muy grande nos podemos imaginar qué institución política es la encargada de dicha tarea. El Parlamento constituye el centro del debate, y, como veremos en el apartado 3, es el seno del debate público y el representante del interés colectivo.

Otro aspecto que explica la tendencia a la articulación deliberativa de la participación es nuestra evolución democrática. Nuestra historia democrática ha estado más habituada a la participación como asunto de colectivos (sindicatos, partidos, asociaciones vecinales, entidades sin ánimo de lucro), por lo que la participación partiendo como iniciativa individual ha sido y es mucho más tenue. Esta característica no es un factor diferencial con respecto a otras democracias, pues la evolución democrática viene distinguida por esta participación colectiva frente a la individual (Bobbio 2007). Es habitual que sendos métodos se completen en un proceso participativo, es decir, deliberación y debate, por un lado, con su conclusión y expresión preferencial, por otro.

Uno de los mecanismos más usados en la Administración local y, que resume sendos actos, es el presupuesto participativo. En torno a unos 148 municipios de distintas comunidades autónomas introdujeron en sus agendas políticas el desarrollo de este mecanismo participativo. Entre estos municipios, 35 provincias. Sin entrar en mayor profusión, el presupuesto participativo es el mecanismo por excelencia, primero por su eventualidad, no es extensivo en el tiempo ni constituye un cauce habitual de poder, y segundo porque su articulación está totalmente controlada por el poder público, sea a través de poderes institucionalmente reconocidos como comisiones o por la misma concejalía encargada, o sea por asociaciones que canalizan esas demandas emitiendo una decisión respecto a la partida asignada. Sea como fuere, los presupuestos participativos son un canal a la pluralidad y un sofoco a posibles desafecciones; de hecho, sirven también como un canal de información a la ciudadanía, actuando como un taller para conocer la toma de decisiones de la Administración a la que pertenecen o los agentes implicados. Sin duda, en algunos casos resulta un laboratorio participativo en el que se prueban los latidos de la ciudadanía, y resulta instrumento estético, cumpliendo los presagios que ya apuntaba el maestro Aranguren en 2005: la utilización de esta herramienta como una nueva moda, un elemento de marca, de carácter eminentemente estético (Aranguren 2005: pág. 16).

Como he esbozado, la primera preferencia sucede tanto en grupos, asociaciones o fundaciones que introducen espacios a la participación activa, como en las dinámicas internas de algunos partidos políticos. Sea como fuere, la participación deliberativa de forma aislada no suele extraer consecuencias jurídicas o decisiones vinculantes, es decir, son canales de expresión más que de participación activa. Por otro lado, para comprender esta amabilidad del poder público frente a las formas de participación pasiva o convencionales, debemos descender hasta las entidades básicas de la organización territorial del Estado: los municipios. Como la misma Ley 7/1985,

de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –en adelante, LRBRL– contempla en su artículo 1, "los municipios son cauces inmediatos de la participación ciudadana en los asuntos públicos". Pese a esta aparente regulación positiva en el sentido de decantarnos por una participación más activa, lo cierto es que los reglamentos locales que desarrollan este aspecto tan importante se muestran proclives al sistema representativo en detrimento del participativo. Se trata, pues, de introducir mecanismos de participación que hagan practicable el sistema representativo clásico, sin alterar de ningún modo la capacidad de dirección de los organismos o instituciones. Como veremos más adelante, existe una explicación lógica a la introducción de estas nuevas herramientas legitimadoras y participativas. Otro asunto, muy bien tratado por Ruiz-Rico (2017), es el conflicto competencial que se deriva al regularse un derecho fundamental recogido en los artículos 9 y 23 de la Constitución Española por un reglamento o una disposición municipal.

Desde una perspectiva analítica y sustancial del asunto, la dirección por la que se decantan los consistorios municipales guarda más relación con el sostenimiento del poder y la pluralidad, caracteres propios de la gobernanza[1], utilizando para ello otra perspectiva del proceder deliberativo: la participación asociativa. En muchos municipios es a través de asociaciones o agrupaciones vecinales como se operativiza este cauce de inmediatez participativa. Lo cierto es que, con o sin intenciones de volverles afines al poder, las subvenciones, cesiones de espacios o incluso premios por su aportación a la comunidad, institucionalizan este elemento vital para la expresión libre de la sociedad civil. Las bienintencionadas propuestas, incentivos o políticas de regulación de la vida asociativa no generan sino una reacción contraproducente en términos de calidad democrática, pues se transforma al ciudadano activo en usuario de servicios, y por tanto, pasivo de las actuaciones de la Administración local en cuestión. Además, la participación se desplaza hacia el centro de poder que constituye la Administración, volviéndose un elemento más de sus estrategias u objetivos institucionales. Asimismo, la ausencia de regímenes sancionadores por tratamientos clientelares, o de códigos de buenas prácticas, hace que el asociacionismo se vuelva un instrumento más de canalización de conflictos, un elemento más que confirma que nuestra cultura política sitúa al representante como el que responde y no como el que pregunta a la ciudadanía.

1. Caracteres propios de la gobernanza porque su objetivo se reduce a prevenirse contra riesgos, amenazas o peligros, teniendo la función de controlar el presente y por tanto el *statu quo.* Ver Hermet 2018.

Todo lo anterior no viene sino a confirmar la inclinación de los poderes públicos, concretamente las entidades locales, por las democracias asociativas. Así, las democracias actuales pasan por constituir a los grupos, asociaciones o colectividades como los sujetos políticos relevantes de la acción y la participación política, quedando el individuo en un segundo plano.

2
Las innovaciones democráticas

Frente a las preferencias de las Administraciones locales por los procesos convencionales de participación, las innovaciones democráticas están al orden del día y se sobreponen ya no solo como demandas civiles, sino como una exigencia proveniente desde instituciones comunitarias como la Comisión Europea o internacionales como la *United Nations Public Administration Network* o la OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*). De entre todas las innovaciones, podemos dividirlas en 5 tipos[2]: democracia directa[3], procedimientos consultivos, co-network, reformas electorales o la e-democracia introducida por Newton (2012, págs. 8-9). Estas afectan de plano al proceder habitual de las instituciones, confirmando la idea que desarrollaba Bobbio (2007, pág. 63) de que el proceso de democratización que marca nuestra era es el paso de la democracia política a la democracia social[4], es decir, la extensión del poder ascendente que hace tambalear las organizaciones jerárquicas y la burocracia clásica. Esta tipología supone –a mi entender– un conglomerado de innovaciones que destacan a la participación como el eje central de su motivación. Precisamente la democracia social trae consigo la progresión democrática a diversos planos de la vida: cultura, familia, sociedad, economía.

2. Geissel, B. (2009), "How to Improve the Quality of Democracy? Experiences with Participatory Innovations at the Local Level in Germany", *German Politics and Society*, 93, vol. 27, n.º 4, 51-71.

3. Al referirme a democracia directa no supongo un cambio sustancial en la estructura de nuestro sistema político como democracia representativa, sino la introducción de mecanismos y herramientas que le son propios y que suponen una innovación al proceder democrático.

4. Podemos interpretar, por tanto, que estamos en el segundo paso de la tarea infinita –como expresa Aranguren en *Ética y Política* (1980)– de democratización de la sociedad, de compromiso, de *engagement* total. Siguiendo a Sartre, de la democratización a todos los niveles, democracia cultural y, en definitiva, democratización de la vida, de los comportamientos familiares y sociales.

Así pues, la democracia directa, que no se debe confundir con la democracia Roussoniana propia de los dioses[5], es el método por el que la ciudadanía expresa su interés de forma más directa, sin la intermediación de ningún representante. Esta innovación tiene una connotación profundamente utilitarista, al considerar implícitamente que ningún representante sabe evaluar o clarificar qué o cuál es el interés del individuo mejor que él mismo. Esto es totalmente cierto, pero ¿constituye la suma de los intereses individuales el interés general o colectivo?; ¿esa expresión puede afectar a minorías?[6]

Esta pregunta suscita muchas reflexiones y no nos ocuparemos de ella ahora, pero es importante observar esta innovación desde esta perspectiva. La democracia directa tiene entre sus filas a los referéndum, iniciativas populares, consultas populares… en fin, toda una amalgama de herramientas consultivas que se plantean desde la palestra política hacia la ciudadanía, destacando, por tanto, por su regulación y la previsión de su resultado.

En otro orden, los procedimientos consultivos de un corte más deliberativo suponen la participación "reflexiva" de la ciudadanía. Esto quiere decir que su opinión constituye la construcción del pensamiento político, sin que eso resulte de una política o decisión lógica. Es decir, si en un debate yo planteo A, el mediador traslada B a raíz de A y el responsable aplica C en consecuencia de B, significa que mi opinión ha calado, pero no ha generado una reacción de respuesta inmediata a mi planteamiento. Esto supone que los ciudadanos discuten las políticas públicas y asesoran a los órganos de toma de decisiones sin menoscabar su potestad direccional. El impacto de la decisión de los ciudadanos es relativamente pequeño, ya que a menudo pasa por los órganos decisores sin que se le preste mucha atención. Sin embargo, esta innovación construye habilidades cívicas y conocimiento del funcionamiento, acostumbrado a ser hermético, de la Administración y los poderes públicos (Geissel 2012, 176-77).

El resultado lógico de estas innovaciones es la combinación de los dos anteriores: la cogobernanza (*co-network*). Esta incluye en su cartera los mencionados presupuestos participativos, las asambleas ciudadanas y los concejos ciudadanos (Newton 2012: 9). Este enfoque integral de toma de decisión con resultado ciertamente tangible: decisión vinculante y con efec-

5. Rousseau advertía en el *Contrato social*, III, página 15, que, si hubiera un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. A lo que seguía: un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres.

6. Para ver las amenazas y tener una respuesta más o menos clarividente del asunto, ver Ruiz Vieytez 2017.

tos jurídicos, surge –como bien menciona Talpin (2012: 9)– de la crítica al Gobierno representativo. La codecisión que surge de esta innovación expresa un nuevo horizonte democrático en el que la representación ya no es el bastión imprescindible para comprender y hacer funcional a la democracia. La diferencia primordial con respecto a las anteriores es su duración en el tiempo, al no tratarse de algo puntual, sino que se constituye como continuas formas de compromiso y tiene la vocación de constituirse como un proceder habitual (Smith 2005, Talpin 2012: 184).

No menos importantes, aunque entran dentro de la categoría de innovaciones convencionales, son las reformas electorales. Entre ellas destacan las reglas de cuotas, la edad mínima para votar, la introducción de barreras a la participación (como la formación o la alfabetización), y los sistemas electorales (proporcionales o mayoritarios). Quizás sea esta innovación la menos innovadora, ya que plantea cambios en el funcionamiento de algo que ya existe, no plantea nada novedoso a nivel estructural. De hecho, estas innovaciones, comenzando por la extensión del sufragio, se vienen produciendo desde el siglo XIX-XX. Sin embargo, tiene un valor añadido si consideramos arreglos que modifican el peso relativo del voto de un individuo en función de algunos aspectos como la formación, la edad, la ocupación, su relevancia en las redes sociales, o reformas que impliquen alguna innovación sustancial en la manera de votar. Evidentemente es muy aventurado considerar que una papeleta electrónica es una innovación participativa sustancial.

A raíz de la extensión del uso de las TIC y el inherente desarrollo de la sociedad de la información surge la *e-democracia*. Contrariamente a lo que pueda parecer es la que en términos de alteración del contenido sustantivo de la democracia moderna es menos agresiva. En cambio, para la Administración pública es un espacio lleno de quebraderos de cabeza, ya que puede suponer en según qué casos vulneración de derechos, concretamente los recogidos en el artículo 11 de la LPAC, a saber: a) formular solicitudes; b) presentar declaraciones responsables o comunicaciones; c) interponer recursos; d) desistir de acciones; e) renunciar a derechos. Sea como fuere, esta innovación democrática tiene una relación unidireccional resumida en dos oportunidades: prestación de servicios y provisión de información (Smith 2009, 142-43). Como podemos intuir, la relación de poder sigue siendo asimétrica, es decir, es el poder público quien sostiene la batuta y la ciudadanía sigue teniendo esa connotación de administrado. Administrado porque se sitúa en un plano de pasividad, de usuario de servicios. Siguiendo la teoría del Estado benefactor y prestador de servicios esta innovación es una herramienta que se presenta como una oportunidad a la Administración y al Estado de legitimar, de mejorar los servicios y de

ser más complacientes a la ciudadanía sin trastocar ninguno de los pilares que los constituyen.

La reflexión que suscita es que efectivamente este desplazamiento del poder no solo cambia sustancialmente nuestra manera de proceder democrático, sino que también contradice la determinación de los partidos políticos como la expresión y el instrumento fundamental de la manifestación de la voluntad popular (artículo 6 de la Constitución Española) y merma considerablemente la ya citada capacidad de dirección y las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la ley (artículo 69.2 LRBRL).

3
Nuevo papel parlamentario

Situar al ciudadano en el centro del debate político supone no solo cederle la soberanía, sino también trasladarle el conflicto. La autoridad política confirmada por la democracia para esta tarea no es la ciudadanía, sino el Parlamento (Manin 1998). Una institución que tiene el deber de procesar el conflicto, una estructura creada precisamente para paralizar las voces facinerosas y sobreponer las voces apacibles con la motivación más noble: el interés general (Hamilton, Madison y Jay 1787). Existen muchas maneras de entender qué es el interés general, desde situarlo en el interés de las oligarquías a situarlo en el interés de la mayoría. Aquí debemos entenderlo como un interés particular, concretamente el interés nacional constituido precisamente desde el concepto de representación. Ciertamente la representación no guarda ninguna relación con obedecer a los deseos populares, sino con promulgar el bien nacional por parte de una élite política selecta (Fenichel Pitkin 1967). Sea más acertado o más alejado del interés particular de los ciudadanos, constituye la dirección de la nación, un valor superior al interés de las mayorías sociales o las minorías oligarcas.

Rodeado de un cierto halo místico, el interés general es el encuentro de los intereses particulares, es la unión que suaviza la rudeza del conflicto de intereses parciales y colma el vacío que los separa. Bajo esta aproximación se asienta el reservar el derecho de dirección y decisión a la Cámara madre, el Parlamento.

Como instrumento lógico de las instituciones públicas, la Administración articula, desde su personal de ventanilla hasta el director general de la unidad, el principio del interés general, resumido de forma expresa en el ordenamiento jurídico, es decir, en el imperio de la ley. Aunque pueda tener

cierto fundamento filosófico e incluso justifica el reservar la potestad de dirección, es decir, el manejo del poder, no debemos olvidar que el sistema representativo se asienta sobre la desconfianza a las masas populares en general y al individuo "egoísta" en particular. El egoísmo que destacan los padres fundadores de la democracia representativa (John Stuart Mill, James Madison, Edmund Burke, Alexander Hamilton, entre otros) guarda relación con la búsqueda del interés propio del individuo, en definitiva, los intereses parciales y temporales tan amenazados por el devenir de opiniones e influencias. Es en este punto donde debemos revisar si realmente la sociedad y el ciudadano en concreto están preparados para sufrir en su propia piel el poder. Recordando al conde de Shaftesbury:

> *No es seguro confiar las propiedades del pueblo* [aquí podríamos sustituirlo por el interés general] *a hombres que no tienen nada por sí mismos, por miedo a su indigencia doméstica*.

La incapacidad junto con la volatilidad de según qué sujetos o colectividades hacen que los mecanismos de participación de forma extensiva y sin control o intermediación institucional puedan plantear serios problemas a la integridad de minorías o al libre desarrollo del individuo. Por lo tanto, aunque algo polémico, pero a mi entender nada descabellado, el principio ateniense *ton athenaionho boluemenos hois existin*, es decir, cualquier ateniense que quiera de entre los que puedan, es un buen principio a regir. Se trata de establecer no límites naturales o preexistentes, es decir, condición de raza, posición social…, sino criterios cívicos que hagan del ciudadano moderno enunciado por Edmund Burke (1774) un ciudadano contemporáneo. El ciudadano heredero del Estado providencia tenía en su mente la idea de que delegábamos para exigir, para no implicarnos del todo y desresponsabilizarnos de las decisiones (Aranguren 2005). Ahora nos encontramos con una situación distinta; el Estado hegeliano representante de la filantropía universal y la sociedad civil egoísta infinitamente se construyen sobre una realidad que ya no existe, en la que no se puede atribuir de forma absoluta esa virtud filantrópica (Mora 2002: pág. 15). Esta presencia de un nuevo ciudadano se ve amenazada por nuestra experiencia democrática. Nuestra cultura política y la orfandad de poder público que padecimos durante 40 años nos desarrollan particularmente una concepción del "nosotros" excesivamente estrecha; tanto es así que lo nuestro a veces degenera en lo mío: mis asuntos, mi familia, mis aficiones, mi calle (Aranguren 2005).

Bajando al plano jurídico-constitucional, nuestra Constitución reconoce la importancia de las Cámaras en el artículo 66, al atribuir a las Cortes Generales la función de representar al pueblo español. Las Constituciones que respaldan los sistemas parlamentarios introducen la figura de la asam-

blea democrática como un faro en el que toda opinión contenida en el país se resuma y discuta (Phillips Griffiths y Wollheim 1960). Es más, en pos de salvaguardar ese interés general que se atribuye a la función de representar, el artículo 67.2 de la misma Constitución elimina el mandato imperativo, lo que fulmina la relación de poder ascendente, desde el ciudadano-votante hasta el miembro elegido. Al margen de que este mandato constitucional guarda también interés en prevenir relaciones clientelares y malas prácticas democráticas, como la posible influencia desmedida de los *lobbies* o la presión social de algunos sectores, lo cierto es que las Cortes se sitúan como los únicos garantes reconocidos y directos de los principios democráticos, si tenemos en cuenta al Gobierno como un poder derivado. Así pues, la misión de estos depositarios del poder es indicar las necesidades, ser un órgano para las peticiones populares, un palenque –como expresa John Stuart Mill (1865: 104)– de discusión para todas las opiniones sobre los asuntos públicos de cualquier importancia. Aunque "… el manejo real de los asuntos corresponde a un pequeño número de hombres ilustrados, expertos y preparados al efecto por una educación y prácticas especiales que deben responder frente a la nación" (Mill 1865).

Sustituir el bastión de la representación por el de la participación como sustento democrático supone programar la obsolescencia de la institución cameral: el Parlamento. De hecho, suponer que la ciudadanía puede expresar su opinión y preferencia de forma reiterada, constituyendo la agenda política, tiene una reacción lógica: ¿de qué sirve el Parlamento?; ¿acaso es necesaria la representación de intereses cuando estos mismos ciudadanos los están representando?

Este asunto no es cosa fácil, se enfrenta al abstencionismo, a la imposición de las mayorías sociales o de las minorías elitistas. No hay que pasar por alto que la aparición del Parlamento surge por la incapacidad de representar los intereses de un colectivo cada vez más grande. Esta nueva sociedad tiene aparentemente la oportunidad de constituirse como la única garante de su interés y trasmitírselo al poder central. Sin embargo, eliminar el debate, la reflexión y en definitiva las voces apacibles puede traer consigo innumerables problemas de convivencia social.

4
¿Cuál es el resultado? Algunos datos

Sin duda, la introducción de nuevos elementos que constituyen una nueva forma de operar nos dirige hacia otra senda democrática. En este nuevo

mundo de disrupción la participación se ha tomado desde ambos frentes como el *totum revolutum* del saneamiento de nuestras democracias, y parece claro que la ciudadanía está expectante a la evolución de esta nueva relación con el ente jurídico: la Administración pública.

Expectante precisamente porque, aunque los usos de medios electrónicos para las compras, las gestiones entre particulares o las comunicaciones se han disparado, la relación con la Administración y los usos de los servicios que dispone vía telemática parecen ser inocuos a esta exaltación de lo virtual sobre lo real. Si observamos los datos que ofrece la encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares, año 2017, del Instituto Nacional de Estadística, un 61,5 % de las personas que han utilizado Internet en los últimos 12 meses ha contactado o interactuado con Administraciones o servicios públicos por motivos particulares. Según la misma nota de prensa este porcentaje equivale al 52,3 % del total de la población de 16 a 74 años (2,2 puntos más que en 2016). Es precisamente en la forma de proceder donde nuestros presagios se materializan: el 54,9 % de los usuarios declara haber obtenido información, el 42,8 % descargó además formularios oficiales, y tan solo el 39 % envió formularios cumplimentados. Más preocupante es aún para el tema que nos ocupa el hecho de que los usuarios de Internet que no enviaron sus formularios traen causa de que lo hizo otro en su lugar (48,5 %), de falta de habilidades (28,4 %), de no disponer de firma o certificado electrónico (27,9 %) y/o de la inseguridad de ceder sus datos personales (20,4 %).

En tanto, la Administración, siguiendo con la inspiración que marca una de las leyes constitutivas de nuestro derecho administrativo, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –LPAC en adelante–, refleja su preferencia y la consecuente imposición de los medios electrónicos sobre los presenciales. Imposición porque, al tratarse de una relación de poder asimétrica, en la que la Administración tiene una posición predominante con respecto al ciudadano, las decisiones preferentes o recomendadas que adopta terminan por constituirse como un deber más que como un derecho. Sin dedicarles mucha profusión, nada más mencionar el artículo 41 de la LPAC sobre la preferencia por la notificación por medios electrónicos, el artículo 98 de la LPAC sobre la utilización de medios electrónicos para pagos derivados de sanciones pecuniarias o multas, o lo establecido en el artículo 14 de la LPAC sobre derechos y deberes de relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas. Ciertamente la obligación de relacionarse por medios electrónicos se reserva a personas jurídicas, entidades sin personalidad o colectivos de personas físicas que, por sus condiciones econó-

micas y conocimientos técnicos, tienen acceso y disponibilidad de esos medios.

Es en este último punto donde encontramos la vocación de hacer extensiva esta obligación. Cuesta imaginarse, a excepción de grupos en riesgo de exclusión o perfiles demográficos a los que la tecnología supera, que la mayor parte de la sociedad española no corresponda a esa colectividad de personas físicas que tienen capacidad y disponen de esos medios para utilizarla. Así pues, como indica el Boletín de indicadores de Administración Electrónica correspondiente al mes de septiembre de 2017, el porcentaje de tramitaciones electrónicas frente a presenciales es de un 76,8 % en 2016. El paulatino incremento del volumen de tramitaciones electrónicas de servicios ofrecidos al ciudadano debe observarse con cierta cautela. Principalmente este dato viene a referirse al porcentaje de tramitaciones generadas por la Administración, es decir, de forma descendente, lo que supone que es una relación desde la Administración a la ciudadanía. Esto quiere decir que extrapolar esta experiencia a un proceso participativo, en el que la relación es ascendente y descendente al mismo tiempo, se puede encontrar con problemas de diferente naturaleza: la manipulación de voto electrónico por terceros, los *hackers* informáticos, la escasa validez jurídica de los resultados de las consultas, la poca regulación, entre otros que pudieran surgir.

Este testimonio popular suscita una pregunta más importante: ¿es un reflejo de lo que sucedería tras la introducción de sistemas innovadores de participación como la participación en asuntos públicos de forma telemática?

Ciertamente la apatía o la indiferencia en procesos que conllevan la expresión de la voluntad de grupos o individuos no es síntoma de crisis, sino de la perfecta salud de la democracia (Bobbio 2007: pág. 80). Aunque existen colectivos que observan la abstención o la no participación como expresiones mismas de la disconformidad, debemos observar esta discusión en las formas de participación convencionales como el voto. En cambio, si hablamos de una extensión de las posibilidades de participar, es decir, del número de espacios habilitados a la participación, la no participación trae otra causa que no es precisamente la no participación como protesta o expresión de disconformidad.

5
¿Hacia dónde nos dirigimos?

Determinar concretamente el futuro de estas innovaciones es un trabajo más de futurólogos o gurús de la política. Lejos de hacer algunas predicciones,

el objetivo del apartado es identificar aspectos que pueden dirigirnos hacia una u otra senda democrática. Lo que sí está claro y ya se viene anunciando de tiempo atrás es que la participación como eje principal de la democracia no solo desplaza la representación como un elemento de segundo orden democrático, sino que además altera nuestros fundamentos direccionales, de toma de decisión y en definitiva del manejo del poder, que es el fin último de la creación de los sistemas políticos y de las instituciones que lo conforman. Pese a todo, nuestro actual sistema introduce la participación como un medio, un medio para reafirmarse y sobre todo hacerse reconocible para la ciudadanía.

Atestiguado lo anterior, los esfuerzos de la Administración en particular –y de nuestra democracia en general– por ser más transparente, dinámica e innovadora, y –valga la redundancia– democrática, son derivados de la adopción tanto de la nueva gestión pública –como estrategia para adaptar los procedimientos de la producción privada a la producción pública– como de la gobernanza –como estrategia comunitaria cuyo objetivo es prevenir los riesgos, amenazas y peligros a que nos enfrenta la pluralidad–. La finalidad de la gobernanza desde un plano eminentemente técnico es reforzar que el pluralismo contribuya a la acción política, desparasitándolo a su vez de los elementos perjudiciales que lo acechan.

Parece que nuestro futuro inmediato es traducir los avances tecnológicos y la *sociedad red* (Castells 2006) a los procedimientos clásicos de la democracia representativa. La dirección parece ser la democracia virtual. Esta supone un arreglo institucional que salva el debate ya milenario de participación o representación como ejes clave de la democracia, maquillando su funcionamiento eminentemente representativo. Así, sin alterar los fundamentos que la componen, nuestra Constitución ofrece su respaldo a innovaciones que tengan el carácter de fomentar la vida asociativa y en definitiva la cultura democrática, sin que eso suponga la determinación del ciudadano como el sujeto político principal, y salvando así el papel de los partidos como los organismos fundamentales de canalización del conflicto y del poder.

6
Referencias bibliográficas

Aranguren, Luis, 2005: “La participación ciudadana: posibilidades y retos”, *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 22, noviembre 2005, págs. 1-23.

Bobbio, Norberto, 2007: *El futuro de la democracia*, 3.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México D.F.

Castells, Manuel, 2006: *La sociedad red: una visión global*, Alianza Editorial, Madrid.

Fenichel Pitkin, Hanna, 1967: *El concepto de representación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., 1787: *El federalista*, Fondo de Cultura Económica (FCE), México, 2001.

Manin, Bernard, 1998: *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid.

Mill, John Stuart, 1865: *De los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

Mora, S., 2002: "Presencia pública del voluntariado", Colección "A fuego lento", 7, Plataforma para la Promoción del Voluntariado en España, Madrid.

Phillips Griffiths, A. y Wollheim, R., 1960: "How Can One Person Represent Another?", *Aristotelian Society, Supplementary Volumes,* 34, págs. 187-224 (http://www.jstor.org/stable/4106658).

Ruiz Vieytez, Eduardo J., 2017: "La democracia directa como alternativa a la democracia representativa: algunas lecciones desde la experiencia suiza", *RVAP*, 108, págs. 153-180 (https://www.euskadi.eus/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=38&t59aContenido=5&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=108).

Ruiz-Rico Ruiz, Catalina, 2017: "Semblante jurídico de la democracia deliberativa local y sus aspectos polémicos", *RVAP*, 108, págs. 445-478 (https://www.euskadi.eus/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=41&t59aContenido=5&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=108).

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

Crónica de jurisprudencia (de 1 de julio a 31 de diciembre de 2017)

Antonio Descalzo González
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2017, de 6 de julio, sobre la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Canarias contra los artículos 4 a 7, 41.1, 80, 91 y 110.4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, sobre regulación estatal de los sistemas de control previo de actividades por los municipios.

Ponente: don Alfredo Montoya Melgar.

Extracto de doctrina

(...)

7. El artículo 41.1 de la Ley de economía sostenible que, como ya se ha adelantado, introdujo el artículo 84 bis LBRL, se recurre por la Comunidad Autónoma actora por considerar que vulnera sus competencias –exclusivas o de desarrollo legislativo y ejecución– para establecer regulaciones sectoriales, que pueden incluir intervenciones administrativas de carácter preventivo. Se esgrime que la delimitación de

lo básico alcanza en este artículo tal grado de desarrollo, que vacía de contenido la competencia autonómica. Por su parte, el Abogado del Estado alega que las competencias autonómicas se deben ejercer dentro de los límites que derivan de la competencia estatal para dictar las bases en la materia y que el precepto impugnado utiliza conceptos necesitados de una posterior concreción por cada Comunidad Autónoma.

El artículo 84 bis LBRL, en la versión introducida por el artículo 41.1, tenía la siguiente redacción:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y alguna otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que este no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente".

La tacha de inconstitucionalidad de la recurrente se dirige, en concreto, contra la exclusión de la posibilidad de exigir licencia o establecer un control preventivo en el ámbito local por razones distintas a las enumeradas en el precepto impugnado. A su juicio, en tal limitación estriba la vulneración competencial.

El examen de la queja enunciada exige, primero, verificar si el Estado tiene competencia para establecer una regulación como la impugnada y, segundo, comprobar si existe efectivamente extralimitación en la regulación de lo básico, con la consiguiente vulneración de las competencias autonómicas.

Está fuera de duda que el Estado puede dictar normas básicas en materia de "régimen local". Como ya resumió la STC 161/2013, de 26 de septiembre, FJ 3: "Las SSTC 103/2013, de 25 de abril, FJ 4; y 143/2013, de 10 de julio, FJ 3, recogiendo la doctrina constitucional anterior, declaran que: (i) en virtud del art. 149.1.18 CE, corresponde al Estado fijar los principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias de los entes locales; (ii) las bases estatales 'tienen los dos cometidos de concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada para

establecer el marco definitorio del autogobierno de los entes locales directamente regulados por la Constitución, en primer lugar, y, en segundo lugar, de concretar los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales que son, en definitiva, Administraciones públicas'; y (iii) las competencias autonómicas en materia de régimen local son de desarrollo de las bases estatales".

Por otra parte, este Tribunal ha admitido en las SSTC 26/2012, FJ 5 y 193/2013, FJ 4 (citadas en la STC 157/2016, FJ 8), que "el Estado, al amparo de sus competencias, en particular la relativa a la ordenación general de la economía que le atribuye el artículo 149.1.13 CE, puede establecer un marco más flexible y transparente para el acceso y ejercicio de actividades en el sector servicios y disponer que deben eliminarse todos aquellos regímenes de autorización que no estén justificados por una razón imperiosa de interés general". Igualmente, debemos afirmar ahora que el Estado también puede imponer un marco más flexible y transparente para el acceso y ejercicio de actividades distintas de las del sector servicios, disponiendo al efecto que solo podrán exigirse licencias o controles preventivos en el ámbito local por un número cerrado de razones de interés general.

Sin embargo, la queja no precisa en qué materia o sector –en el que la Comunidad Autónoma tiene competencias sectoriales de regulación– la referida exclusión de la licencia o del control preventivo en el ámbito local menoscaba o reduce indebidamente el alcance de las competencias autonómicas. De hecho, la recurrente no especifica ninguna competencia pretendidamente vulnerada, sino que opone sus competencias autonómicas en bloque, ya sean exclusivas o de desarrollo legislativo y ejecución.

Llegados a este punto podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, el precepto impugnado no suprime las licencias locales, ni siquiera pone en cuestión globalmente la figura de la licencia local de actividad. Por el contrario, admite la posibilidad de licencia por diversas razones: la protección del medio ambiente, el patrimonio histórico-artístico, la seguridad y la salud públicas, así como las actividades que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público. La existencia de esos motivos debe ser apreciada y concretada por las Administraciones competentes, incluidas las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias. Por tanto, se deja espacio al desarrollo legislativo por las comunidades autónomas dentro de sus competencias.

b) En segundo lugar, la demanda adolece en este punto de una acusada imprecisión, pues se limita a la invocación de una hipotética vulneración que afectaría potencialmente a las competencias autonómicas de

regulación sectorial en bloque. Este Tribunal ha negado reiteradamente la viabilidad de las impugnaciones fundadas en "juicios indiciarios, conjeturales o hipotéticos" (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 5), o las que se plantean "sobre supuestos implícitos en las normas y sus presuntas consecuencias" (STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 8 y jurisprudencia allí citada), por "no ser misión de este Tribunal prevenir conflictos, sino eliminar transgresiones concretas y efectivas" (STC 13/1988, de 4 de febrero, FJ 4).

c) Finalmente, incluso si, superando la deficiencia argumental de la demanda, admitiéramos que el referido artículo 84 bis LBRL conlleva per se una limitación de las competencias autonómicas, ello no equivaldría en modo alguno a su vaciamiento. El precepto únicamente limita, en el sentido indicado, las facultades de control de las Administraciones autonómicas y locales en relación con el ejercicio de las actividades económicas, pero ello no impide que las comunidades autónomas puedan establecer, en concreto y en ejercicio de sus competencias estatutarias, respecto de la actividad de que se trate, condiciones materiales destinadas a objetivos legítimos distintos de los enunciados en el precepto.

Por todo ello, debemos rechazar la impugnación del artículo 41.1.

Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2017, de 21 de septiembre, sobre la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Antecedentes

Conflicto en defensa de la autonomía local en nombre y representación de 2393 municipios, respecto del artículo 1, apartados 3, 8, 9, 16, 21, 25, 30, 31, 36 y 38, así como del artículo 2, apartados 2 y 3, de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, por vulneración de la garantía constitucional de la autonomía local.

Ponente: don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

Extracto de doctrina

(...)

3. Los municipios promotores del presente conflicto impugnan el artículo 7.4 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.3 de la Ley

27/2013. Razonan con mucho detalle que este precepto vulneraría su autonomía constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE). Buena parte de sus argumentos han quedado ya respondidos y desestimados por remisión a la STC 41/2016, FFJJ 10, 11 b) y 12 c). No obstante, hay dos motivos que, no obteniendo respuesta directa en aquella Sentencia, procede abordar específicamente ahora, aclarando antes el significado y alcance del precepto controvertido.

a) En sustitución de las reglas habilitantes generales incluidas en la redacción originaria del artículo 25.1 y en el derogado artículo 28, ambos LBRL, la previsión controvertida establece otra que permite a los ayuntamientos ejercer cualesquiera competencias relacionadas con la gestión de asuntos de interés municipal, pero con sujeción a determinadas condiciones materiales y formales. El ejercicio de tales competencias no requiere de una habilitación legal específica, pero es posible solo si: 1) no hay riesgo para la sostenibilidad financiera de la hacienda municipal; 2) no se produce la ejecución simultánea del mismo servicio con otra Administración; y 3) hay informe previo vinculante de la Administración competente por razón de la materia (que señale la inexistencia de duplicidades) y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera (sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias).

Se trata de las competencias que el artículo 7.4 LBRL califica como "distintas de las propias y de las atribuidas por delegación" y que este Tribunal ha adjetivado más precisamente como "propias generales" (SSTC 41/2016, FJ 10, y 54/2017, FJ 3). Se distinguen de las competencias "propias" del artículo 25 LBRL o "propias específicas" [SSTC 54/2017, FJ 3 d), 93/2017, FJ 4, y 101/2017, FJ 4 b)], no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce, sino por la forma en que están atribuidas; si las reguladas en el artículo 25 LBRL son competencias determinadas por la ley sectorial, las previstas en el artículo 7.4 LBRL están directamente habilitadas mediante una cláusula general básica, quedando su ejercicio sujeto a la indicada serie de condiciones (STC 41/2016, FJ 10).

Ciertamente, la exigencia de aquellos informes necesarios y vinculantes incide sobre la autonomía local: el ente local no podrá desplegar servicios, incluso de interés local exclusivo o predominante, sin la decisión favorable de otra instancia territorial. No obstante, hemos tenido oportunidad de subrayar, en primer lugar, el contexto normativo en el que se inserta el artículo 7.4 LBRL: "un modelo básico que atribuye directamente determinadas competencias a los entes locales (art. 26 LBRL), permite a las leyes (estatales y autonómicas) atribuir específicamente competencias propias o, incluso, obliga a que lo hagan

'en todo caso' dentro de determinados ámbitos materiales (art. 25.2 LBRL)" [STC 41/2016, FJ 11 b)]. Hemos destacado también, en segundo lugar, que los informes necesarios y vinculantes regulados en el artículo 7.4 LBRL no son, técnicamente, controles administrativos: son "técnicas para la delimitación de las competencias locales, no instrumentos que permiten a una Administración supralocal interferir en el desarrollo autónomo de las competencias locales efectivamente delimitadas o atribuidas"; obtenidos los informes favorables, "el ente local podrá llevar a cabo la tarea 'en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas' (art. 7.2 LBRL)" [STC 41/2016, FJ 11 b)].

b) Según los municipios promotores del conflicto, la prohibición de ejecución simultánea del mismo servicio incluida en el artículo 7.4 LBRL conllevaría la prohibición de las llamadas "actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas", singularmente las de ámbito autonómico "relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente" (antiguo art. 28 LBRL). Antes de la Ley 27/2013, los municipios podían ejercer estas tareas "complementarias" al amparo de la cláusula general incluida en el artículo 28 LBRL. Tras la derogación de esta cláusula (art. 1.11 de la Ley 27/2013), la prohibición de "duplicidad" prevista en el artículo 7.4 LBRL vendría a impedir que los municipios lleven a cabo toda suerte de actividad "complementaria", salvo la que pueda considerarse alojada en el artículo 25.2 LBRL, con el consiguiente sacrificio del autogobierno municipal. El legislador básico habría trazado así un paralelismo entre las actividades "complementarias" y las "duplicidades" que resultaría inadmisible, por cuanto que, en rigor, duplicidad habría solo cuando dos poderes públicos territoriales prestan el mismo tipo de acción a las mismas personas, grupos o entidades.

El legislador básico sigue habilitando directamente por sí a los municipios las llamadas "actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas", en general, y las complementarias de las desarrolladas por las comunidades autónomas, en particular (antiguo art. 28 LBRL). Tal como señala la STC 41/2016, FJ 12 b), el nuevo artículo 7.4 LBRL, "al prever que los entes locales 'podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación'", viene a "atribuir directamente competencias locales en materias de competencia autonómica" y, en general, en cualesquiera ámbitos de interés local.

Es verdad que el ejercicio de tales competencias presupone la "inexistencia de duplicidades" o, más precisamente, que "no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública" (art. 7.4 LBRL). También que la prohibición de duplicidades competenciales opera, no solo cuando la Administración competente según la materia debe elaborar el informe del que depende que el ente local pueda desarrollar un determinado servicio como competencia "propia general" (art. 7.4 LBRL), sino también cuando el legislador pretende atribuir esos servicios como competencia "propia específica" mediante norma con rango de ley; conforme al artículo 25.5 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.8 de la Ley 27/2013, "la ley determinará la competencia municipal propia de que se trate, garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración pública". De modo que el municipio que, por razón de la duplicidad competencial, no pueda hacer valer la cláusula general del artículo 7.4 LBRL para prestar un servicio, tampoco podrá, en principio, aspirar a que se lo atribuya específicamente una norma con rango de ley, lo que, en efecto, si se tratase de servicios de interés local exclusivo o predominante, pone en riesgo la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE).

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 7.4 LBRL, una prestación no queda automáticamente excluida como servicio municipal por el solo hecho de replicar la desarrollada en otro nivel de gobierno, en general, o en el autonómico, en particular, que es el supuesto que importa específicamente a los municipios impugnantes cuando se refieren a las actividades "complementarias" del antiguo artículo 28 LBRL. La consecuencia de la duplicidad competencial no ha de ser necesariamente el informe contrario al despliegue de la prestación en el nivel municipal. Si el servicio que el municipio pretendiera "duplicar" fuese autonómico, la solución más ajustada a los principios de autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE) y de proximidad (art. 2.1 LBRL), puede ser el repliegue de la propia Administración autonómica y el consiguiente ejercicio de la competencia en el nivel local. Así, tendencialmente, cuando la ponderación de los intereses locales y autonómicos involucrados arroje un saldo favorable a los primeros.

De modo que la Administración competente según la materia, si en el marco del artículo 7.4 LBRL, ante supuestos de efectiva ejecución simultánea, emitiera informe negativo fijándose solo en el dato de la duplicidad competencial, sin ponderar los intereses territoriales que pudieran justificar que sean otros niveles de gobierno –incluido el autonómico– quienes dejen de realizar el servicio, podría vulnerar la

autonomía de los entes locales. La eventual vulneración sería imputable, no a la previsión controvertida, sino a una actuación administrativa que, en cuanto tal, es controlable por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa [en parecido sentido, SSTC 51/2004, de 13 de abril, FJ 10, y 154/2015, FJ 6 e)]. La STC 41/2016, FJ 11 b), señala a este respecto que "las Administraciones que han de elaborar los informes previos están directamente vinculadas por la garantía constitucional de la autonomía local" y, por tanto, "son ellas –no el art. 7.4 LBRL– las que podrían llegar a incurrir en la vulneración denunciada si impidieran efectivamente en casos concretos una intervención local relevante en ámbitos de interés local exclusivo o predominante, sin perjuicio de los amplios márgenes de apreciación que abren los artículos 137, 140 y 141 CE".

Por otra parte, no cabe identificar los conceptos de "complementariedad" y "duplicidad". Ciertamente, la Ley 27/2013 no acota ni define los supuestos de "duplicidad" competencial; se limita a identificarlos con la "ejecución simultánea del mismo servicio público" por parte de dos Administraciones públicas. Pese a la indefinición normativa, un sencillo análisis semántico permite apreciar lo siguiente: una actividad "complementaria" en el sentido del antiguo artículo 28 LBRL no es, necesariamente, una actividad "duplicada" a efectos del nuevo artículo 7.4 LBRL, esto es, una tarea incursa por definición en la prohibición de "ejecución simultánea del mismo servicio público" por parte de varias Administraciones públicas. Como se desprende de las propias alegaciones de los ayuntamientos impugnantes, dentro de ámbitos materiales tales como la educación, la sanidad o la vivienda, los servicios municipales serán, en efecto, "complementarios" de las competencias de ejecución estatutariamente atribuidas a las comunidades autónomas, pero no serán "duplicados" si, por ejemplo, las acciones locales específicamente desarrolladas o sus concretos destinatarios no coinciden con los de los servicios autonómicos correspondientes. El tenor del artículo 25 LBRL confirma con toda claridad que el legislador básico no ha identificado el ejercicio de competencias "complementarias" con la ejecución "simultánea" del mismo servicio: al referirse a la atribución legal de competencias municipales, a la vez que conmina a garantizar "que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración pública" (apartado 5), obliga a asegurar que los ayuntamientos dispongan "en todo caso" de "competencias propias" dentro de ámbitos materiales donde las comunidades autónomas cuentan con competencias de gestión o ejecución (apartado 2). Consecuentemente, el artículo 7.4 LBRL no impide aprovechar la estructura territorial compuesta del Estado (art. 137 CE) para dis-

tribuir prestaciones entre los niveles autonómico y local y, dentro de este, entre sus eventuales subniveles de gobierno (inframunicipal, municipal o intermedio).

En fin, en ausencia de una definición más precisa del concepto de "duplicidad" competencial, habrán de ser las comunidades autónomas quienes lo especifiquen. En el contexto de una regulación afirmada como básica, la ausencia de precisión normativa "debe interpretarse como un reconocimiento de márgenes de configuración" [SSTC 54/2017, FJ 3 e), y 45/2017, FJ 4, citando las SSTC 41/2016, FJ 7 c), y 111/2016, FFJJ 12 a) y c), 180/2016, FJ 7, 93/2017, FJ 3]. Consecuentemente, los problemas que, bajo la óptica de la autonomía local constitucionalmente garantizada, pudieran derivar del desarrollo o aplicación, por parte de las comunidades autónomas, de un concepto excesivamente amplio de "duplicidad" o alejado de sus rasgos conceptuales objetivos serán achacables a ese eventual desarrollo o aplicación, pero no al artículo 7.4 LBRL [en parecido sentido: STC 41/2016, FJ 11 b)].

Según venimos razonando, no puede perderse de vista que las comunidades autónomas, tanto cuando desarrollen como cuando apliquen la previsión controvertida, estarán vinculadas a la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE) y a la propia legislación básica, conforme a la que deben "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" (art. 2.1 LBRL) [en este sentido, STC 41/2016, FJ 11 b)]. También están sujetas a las garantías de autonomía local que establezca eventualmente el Estatuto de Autonomía, siempre que sean compatibles con las bases del régimen local [SSTC 31/2010, FFJJ 36 y 37; 168/2016, FJ 3 b); 44/2017, FJ 2 c); 45/2017, FJ 2 c), y 54/2017, FJ 2 c)].

A la vista de todo ello, cabe descartar que el artículo 7.4 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.3 de la Ley 27/2013, haya excluido la intervención municipal en ámbitos de competencia ejecutiva autonómica, en general, y en materia de educación, cultura, promoción de la mujer, vivienda, sanidad y medio ambiente, en particular. No produciéndose la intromisión denunciada en el autogobierno municipal, procede desestimar este motivo de impugnación del artículo 7.4 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.3 de la Ley 27/2013.

c) Según los municipios promotores del conflicto, el artículo 7.4 LBRL, en cuanto a los informes necesarios y vinculantes, dice solo que han de versar sobre duplicidades y sostenibilidad financiera. La intervención de las Administraciones a cuyo informe favorable se subordina el ejercicio de las competencias locales estaría excesivamente indeterminada, abriendo amplísimos márgenes de discrecionalidad. Ello supondría, a la postre, admitir muy diferentes aplicaciones, dando pie a que haya municipios que dispongan (por razones coyunturales y aleatorias) de una cartera de servicios íntegra y amplia, junto a otros con limitada capacidad de autogobierno. La supeditación del desempeño de tareas municipales a la voluntad de otra Administración sin establecer los parámetros legales dentro de los que debe moverse el informe de esa Administración resultaría por todo ello inconciliable con la garantía constitucional de la autonomía local.

El hecho en sí de que el artículo 7.4 LBRL, respecto del ejercicio de las competencias "propias generales" de los entes locales, confíe a otras instancias políticas poderes decisorios mediante informes vinculantes no infringe los artículos 137, 140 y 141 CE. Ciertamente, el sistema constitucional garantiza la autonomía de municipios, provincias e islas y, con ello, atribuye por sí un mínimo competencial común: al garantizar la autonomía local, habilita directamente la toma de decisiones en materia de organización por parte de los entes locales [así, refiriéndose, a la delegación de competencias, STC 101/2017, FJ 5 c)] y, en particular, al reconocer su iniciativa en la actividad económica (art. 128.2 CE), autoriza también "directamente", sin necesidad de "interposición legislativa", el poder de crear y mantener empresas públicas, ajustándose a las condiciones que impongan las leyes [STC 54/2017, FJ 5 b)]. No obstante, la Constitución confía a los poderes constituidos (Estado y comunidades autónomas) la definición concreta y la atribución misma de las competencias locales: "la Constitución 'no precisa las competencias que corresponden a los entes locales' [STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 a), citando la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3]. Distribuye todo el poder público entre el Estado (las competencias atribuidas por el art. 149 CE) y las comunidades autónomas (las competencias atribuidas por los Estatutos de Autonomía y las leyes previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 150 CE)". Consecuentemente, de acuerdo con la Constitución, la amplitud de la cartera de servicios municipales depende, en última instancia, de las decisiones de otros niveles territoriales.

Tampoco es per se contrario a la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137 y 140 CE) que municipios similares en términos poblacionales o socioeconómicos puedan alcanzar distintos volúmenes

competenciales. En consonancia con la estructura territorial compuesta que diseña el artículo 137 CE (STC 82/1982, de 21 de diciembre, FJ 4), "la Constitución no encomienda en exclusiva la regulación y la asignación de las competencias locales ni al Estado ni a las comunidades autónomas. Cada cual en el marco de sus atribuciones ha de regular y atribuir las competencias de los entes locales, sin perjuicio de la autonomía asegurada en los arts. 137, 140 y 141 CE [STC 214/1989, FJ 3 a)]" (STC 41/2016, FJ 9). Consecuentemente, el contenido de la cartera de servicios municipales puede ser muy diferente según las opciones políticas que desarrolle cada Comunidad Autónoma respecto de los entes locales de su ámbito territorial en el marco de las coordenadas básicas estatales.

Ahora bien, lo que plantean los ayuntamientos recurrentes es, no tanto que una intervención administrativa como la prevista en el artículo 7.4 LBRL en orden a la delimitación de las competencias municipales sea en todo caso contraria a su autonomía constitucionalmente garantizada, como que el Estado habría debido ajustarla a las garantías que imponen los artículos 137 y 140 CE. Para responder a la impugnación, hay que partir de que, en efecto, la autonomía local constitucionalmente garantizada impone límites a la configuración legislativa de las competencias de municipios, provincias e islas.

Las leyes deben ponderar los intereses locales y supralocales involucrados, asegurando "que los municipios tengan competencias 'propias' en ámbitos de interés exclusiva o prevalentemente municipal" y, en general, una capacidad de intervención en los asuntos que les afectan tanto más relevante y decisiva cuanto mayor sea el saldo favorable a los intereses municipales [STC 41/2016, FFJJ 9 y 11 b), citando la SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3; 32/1981, de 28 de julio, FJ 4; 170/1989, 19 de octubre, FJ 9, y 51/2004, de 13 de abril, FJ 9]. Atendiendo a intereses de alcance supralocal, pueden conferir a instancias políticas supramunicipales (por ejemplo, cabildos, consejos insulares, diputaciones o comunidades autónomas) mecanismos de intervención que limiten la autonomía municipal, pero deben especificar y determinar suficientemente el contenido y alcance de esas atribuciones. Las SSTC 111/2016, FJ 12 a) y c), y 152/2016, de 22 de septiembre, FJ 5, al abordar determinadas atribuciones de las diputaciones y las comunidades autónomas respecto de servicios municipales, se han referido a estos límites constitucionales a la configuración legislativa de las competencias locales.

El artículo 7.4 LBRL, en la medida en que somete a los entes locales a aquellos informes vinculantes, constituye una restricción de la autonomía local: tales informes pueden impedir el ejercicio de competencias

de fuerte interés municipal o pueden retrasarlo en el mejor de los casos. Ya hemos tenido oportunidad de razonar ampliamente que la exigencia de esos informes se justifica en intereses de alcance supralocal [STC 41/2016, FJ 11 b)]. A fin de valorar ahora si el precepto impugnado cumple el mandato de predeterminación normativa resultante del reconocimiento constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE), hay que partir de que, en efecto, algunos aspectos de aquella intervención restrictiva han quedado normativamente indefinidos. Las Administraciones que han de emitir los informes preceptivos y vinculantes se identifican indirectamente, por referencia a la competente según la materia –en lo que atañe al informe de duplicidad competencial– y a la responsable de la tutela financiera de los entes locales –en lo que se refiere al informe de sostenibilidad–. Nada se dice sobre aspectos formales tales como los órganos que deben evacuar los informes, el plazo de emisión y las consecuencias del incumplimiento; ni sobre elementos sustanciales como los concretos extremos que ha de tomar en consideración el informe sobre duplicidades. En fin, según hemos razonado ya, la Ley 27/2013 no define el concepto de "duplicidad" competencial como tampoco el de "sostenibilidad financiera".

Sin embargo, el artículo 7.4 LBRL no incumple aquella exigencia de predeterminación normativa. Al confiar un informe vinculante a la Administración "competente por razón de la materia", el precepto controvertido pretende evitar duplicidades sin vulnerar el sistema constitucional de distribución competencial; emitirá el informe el titular de las competencias de ejecución en el ámbito objetivo de que se trate, que habitualmente serán las comunidades autónomas a la vista de las múltiples competencias de gestión que tienen estatutariamente reconocidas. Por otra parte, cabe identificar fácilmente a la Administración "que tenga atribuida la tutela financiera". Tal Administración es la Comunidad Autónoma o, en su caso, la que indique el correspondiente Estatuto de Autonomía o la legislación autonómica: "resulta indiscutible, en primer lugar, que el art. 149.1 CE no ha reservado al Estado la ejecución del régimen local, en general, ni la tutela financiera de los entes locales, en particular, y, en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, que todos los Estatutos –no solo los que se benefician del plus competencial derivado de la garantía constitucional de la foralidad– pueden atribuir esas competencias a sus respectivas comunidades autónomas. Consecuentemente, la referencia a la Administración 'que tenga atribuida [o ejerza*] la tutela financiera' de los entes locales no puede interpretarse como una fórmula alambicada mediante la cual la Ley 27/2013 consigue*

residenciar en el nivel central la facultad de intervenir en decisiones administrativas o ejecutivas que afectan al mapa local canario (art. 13.1 LBRL), así como autorizar caso a caso la ampliación de las competencias de la corporación que lo solicite (art. 7.4 LBRL)" [STC 101/2017, FJ 6 b)].

A su vez, el artículo 7.4 LBRL establece claramente que los municipios tienen atribuida la competencia para gestionar cualquier asunto de interés municipal a la vez que, con igual claridad, subordina su ejercicio a nada más que dos condiciones materiales. De modo que las Administraciones informantes solo pueden mantener la barrera que el artículo 7.4 LBRL impone inicialmente a la gestión de cualquier asunto de interés local por razones de sostenibilidad financiera y duplicidad competencial, siendo improcedentes las consideraciones de oportunidad y teniendo siempre en cuenta las garantías de autonomía local, no solo las establecidas en la Constitución (arts. 137, 140 y 141 CE) y la legislación básica (entre otros, arts. 2.1 y 25.2 LBRL), sino también las eventualmente previstas en otras leyes, singularmente las de algunos Estatutos de Autonomía [en este sentido, STC 41/2016, FJ 11 b)], cuando sean compatibles con las bases del régimen local [SSTC 31/2010, FFJJ 36 y 37; 168/2016, FJ 3 b); 44/2017, FJ 2 c); 45/2017, FJ 2 c), y 54/2017, FJ 2 c)]. Por lo demás, el concepto de sostenibilidad financiera, aunque no está definido en la Ley 27/2013, lo está en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Por otra parte, en el marco de una materia respecto de la que el Estado tiene solo competencia para adoptar bases, no puede extrañar que el artículo 7.4 LBRL haya dejado de regular agotadoramente la decisión autonómica sobre el ejercicio de las competencias locales. Antes bien, una regulación de mayor detalle que, por ejemplo, indicase el órgano autonómico competente para emitir los informes vinculantes y estableciese todo el procedimiento, invadiría la potestad de autoorganización y la competencia legislativa en materia de régimen local de las comunidades autónomas. Consecuentemente, son estas quienes, en cumplimiento de la exigencia de predeterminación normativa que impone la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE), han de perfilar aquellos aspectos de la intervención autonómica que, pudiéndose considerar relevantes, han quedado indefinidos en el artículo 7.4 LBRL.

Procede, pues, desestimar también este motivo de inconstitucionalidad respecto del artículo 7.4 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.3 de la Ley 27/2013.

4. Los municipios promotores del presente conflicto en defensa de la autonomía local impugnan el artículo 26.2 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.9 de la Ley 27/2013, cuyo tenor, tras la depuración realizada por la STC 111/2016, FJ 12 d), es el siguiente:

"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.

d) Acceso a los núcleos de población.

e) Pavimentación de vías urbanas.

f) Alumbrado público.

Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas.

Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado.

Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a esta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios".

a) Según hemos recordado ya, la impugnación ha perdido objeto en lo atinente a los incisos del artículo 26.2 LBRL que la STC 111/2016, FJ 12 d), declaró inconstitucionales y nulos. A su vez, en lo que hace al resto del precepto, hemos desestimado por remisión a la indicada Sentencia y a la STC 45/2017, FJ 2 d), la mayor parte de los motivos de inconstitucionalidad formulados por los municipios impugnantes. Resta solo abordar dos motivos.

En primer lugar, de acuerdo con las alegaciones de los ayuntamientos recurrentes, el artículo 26.2 LBRL, aplicado por las comunidades autónomas uniprovinciales, supondría atribuir funciones típicamente municipales a un nivel de gobierno que actúa extramuros del sistema local en contra del principio constitucional de autonomía local. En

segundo lugar, las comunidades uniprovinciales y las diputaciones podrían llegar a ejercer las facultades previstas en el artículo 26.2 LBRL sin la "conformidad" de los ayuntamientos en supuestos de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Se razona a este respecto que el artículo 116 bis LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.30 de la Ley 27/2013, entre las medidas que debe programar el plan económico-financiero, incluye la "gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la entidad local para reducir costes" sin hacer referencia a la "conformidad" municipal.

b) El artículo 26.2 LBRL se refiere a la diputación provincial o entidad "equivalente". Las entidades "equivalentes" son, a los efectos de este artículo, las comunidades autónomas uniprovinciales y otros entes locales "intermedios", esto es, instancias políticas de ámbito territorial superior al municipal e inferior al autonómico (STC 101/2017, FJ 8). La propia Ley reguladora de las bases de régimen local señala expresamente a este respecto que las competencias de las diputaciones provinciales corresponden a las primeras (art. 40), además de a entes públicos del segundo tipo como los territorios históricos vascos (disposición adicional segunda), los consejos insulares de Baleares (art. 41.3) y los cabildos insulares canarios (art. 41.1).

Sin negar la existencia de intereses específicos de la provincia ni la sustantividad institucional de esta entidad territorial (STC 27/2016, FJ 4), cabe destacar la estrecha conexión entre los intereses y la organización provinciales con los municipales y que, en efecto, las diputaciones y los ayuntamientos conforman un mismo nivel (local) de gobierno. La caracterización constitucional de la provincia como "agrupación de municipios" (art. 141.1 CE) supone, precisamente, que unas y otros responden a un ámbito normalmente común de intereses, lo que tiene un inequívoco reflejo institucional: partiendo de que la Constitución ha dejado "deliberadamente abierto el tipo de legitimidad (directa o indirecta) que exige su carácter representativo (art. 141.2 CE)", "la Ley Orgánica del régimen electoral general, de acuerdo con una arraigada tradición histórica y en consonancia con una concepción instrumental de la provincia, ha optado por que el pleno de esta corporación local cuente con legitimidad democrática indirecta: los miembros de la diputación provincial son elegidos de entre los concejales en los términos previstos en los artículos 202 a 209 LOREG"; "el sentido de que los municipios –no los ciudadanos– sean quienes estén directamente representados en los órganos provinciales de gobierno es, precisamente, en términos de principio, que los municipios son los destinatarios principales o directos" de las competencias de asistencia,

cooperación y coordinación características de "la provincia como entidad local 'determinada por la agrupación de municipios' (art. 141.1 CE)" [SSTC 111/2012, FFJJ 9 y 12 c), y 45/2017, FJ 2 d)].

Las tareas previstas en el artículo 26.2 LBRL, cuando son desarrolladas por las diputaciones provinciales, presentan, en consecuencia, la siguiente característica: a través de los concejales que forman parte de la diputación, los ayuntamientos intervienen, no solo en la programación de las medidas relativas a la gestión de aquellos servicios municipales, sino también en su aplicación y desarrollo [STC 111/2012, FJ 12 c)]. Esta relevante intervención del municipio en la gestión de servicios de su titularidad desaparece cuando son comunidades uniprovinciales quienes aplican el precepto controvertido.

Cabe, pues, admitir que el artículo 26.2 LBRL, aplicado por comunidades uniprovinciales, implica sustraer del sistema local determinadas decisiones relativas a la gestión de servicios de titularidad local, "típicamente municipales y, en efecto, indispensables para el desenvolvimiento de la vida urbana" [STC 111/2016, FJ 12 d)]. A fin de determinar si ello resulta compatible con los artículos 137 y 140 CE, corresponde valorar si tales decisiones llegan efectivamente a restringir la autonomía municipal y, si así fuera, si su contenido está normativamente predeterminado y si su atribución a las comunidades uniprovinciales puede justificarse tras la ponderación de los intereses municipales y supramunicipales involucrados [SSTC 111/2012, FJ 12 a) y c), y 152/2016, FFJJ 5 a 7].

El artículo 26.2 LBRL se refiere a fórmulas de cooperación o "coordinación voluntaria" que puede proponer la Comunidad Autónoma uniprovincial y aceptar el municipio titular del servicio y, correlativamente, que no tiene la obligación de proponer la primera y que puede rechazar el segundo. Así resultaba de su tenor originario y resulta ahora aún más claramente una vez que la STC 111/2016, FJ 12 d), ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de aquellos dos incisos [en este sentido: STC 168/2016, FJ 5 b)]. De modo que el municipio conserva la posibilidad de oponerse a cualquiera de las fórmulas (impropiamente denominadas) de coordinación y, por tanto, también a las que pudieran afectar más fuertemente a su autonomía: la puesta en marcha de las fórmulas de gestión que planifique la Comunidad Autónoma uniprovincial depende, precisamente, de la autonomía municipal. Por ello, bajo la óptica de la autonomía local, resulta a la postre irrelevante que no haya concejales integrados en la instancia territorial que propone y desarrolla aquellas fórmulas de gestión relativa a los servicios de titularidad municipal; el municipio conserva en todo caso la capacidad de oponerse a ellas.

Así lo ha razonado la STC 111/2016, FJ 12 d), refiriéndose al artículo 26.2 LBRL en su aplicación por parte de las diputaciones provinciales: "el criterio determinante no es el económico, tampoco la decisión de otras Administraciones públicas; es la voluntad municipal misma. El municipio puede dar o no su conformidad a un plan que condicionará el modo en que ha de gestionar sus servicios. Hay una posible pérdida de autonomía, pues el municipio puede quedar sujeto a la técnica de 'coordinación' correspondiente y, en ese caso, solo podría revertir la situación justificando el menor coste efectivo de la gestión incondicionada. Sin embargo, esa pérdida es consentida y, en cuanto tal, no lesiva de la garantía consagrada en los arts. 137 y 141 CE. La pérdida de autonomía municipal se producirá solo eventualmente y únicamente si la acepta el ayuntamiento o, lo que es lo mismo, 'con la conformidad de los municipios afectados'".

c) El artículo 26.2 LBRL no "determina precisamente las circunstancias habilitantes de una u otra técnica de 'coordinación' (voluntaria)", pero, según venimos razonando, ello "no pone en riesgo la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) habida cuenta de que el precepto asigna al municipio la posibilidad de oponerse a cualquiera de esas técnicas" [STC 111/2016, FJ 12 d)]. La previsión impugnada no restringe la autonomía local sin que, por tanto, sea preciso examinarla a la luz de las exigencias de predeterminación normativa y ponderación que imponen los artículos 137, 140 y 141 CE.

Ahora bien, según los ayuntamientos recurrentes, en determinados casos, las comunidades autónomas uniprovinciales y las diputaciones pueden llegar a ejercer las facultades previstas en el artículo 26.2 LBRL sin su "conformidad", lo que obligaría a realizar el indicado examen; habría de declararse la vulneración de la garantía constitucional de la autonomía local a la vista de, por un lado, la enorme indefinición de la competencia atribuida a las comunidades autónomas uniprovinciales y a las diputaciones en orden a imponer una u otra fórmula de gestión de los servicios municipales y, por otro, el marcado carácter municipal de los intereses involucrados. Ello ocurriría en supuestos en que el municipio incumple los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Señalan a este respecto que el artículo 116 bis LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.30 de la Ley 27/2013, entre las medidas que debe programar el plan económico-financiero, incluye la "gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la entidad local para reducir costes" sin hacer referencia a la "conformidad" municipal.

En realidad, la eventual inconstitucionalidad denunciada sería achacable, no al artículo 26.2 LBRL, sino al artículo 116 bis LBRL, que es el precepto que impondría aquella "gestión integrada" sin contar con la "conformidad" municipal. No comunicándose la eventual inconstitucionalidad del artículo 116 bis LBRL al artículo 26.2 de la misma Ley, hay que rechazar sin más esta alegación. En cualquier caso, cabe recordar que la propia corporación local incumplidora es quien elabora el plan económico-financiero (art. 23.3 de la Ley Orgánica 2/2012) incluyendo las medidas que, según las circunstancias, juzgue imprescindibles para cumplir los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera: "cuando el art. 116 bis.2 LBRL dispone que 'el mencionado plan incluirá al menos las siguientes medidas' no ha de entenderse que el ente local está vinculado a recoger en dicho plan todas esas medidas, perdiendo así todo margen de opción en sus decisiones de gasto, sino que debe introducirlas si fueran imprescindibles para recobrar la senda del cumplimiento y en la medida en que lo sean" (STC 180/2016, FJ 8).

En fin, es verdad que aquella "conformidad" municipal podría resultar efectivamente ensombrecida, con el consiguiente riesgo para la autonomía municipal –dada la fuerte indeterminación normativa y la intensidad de los intereses municipales involucrados–, si la Comunidad Autónoma uniprovincial o diputación correspondiente, al amparo de la norma legal de referencia, diseñase mecanismos disuasorios de tal intensidad que solo formalmente preservasen los márgenes de autonomía municipal que asegura el artículo 26.2 LBRL. Pero, en tal caso, "el problema que tal circunstancia pudiera plantear para la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) afectaría estrictamente, no al impugnado artículo 26.2 LBRL, sino a los planes que hubieran desvirtuado materialmente la exigencia de 'conformidad' que este impone" [STC 111/2016, FJ 12 d), refiriéndose al artículo 26.2 LBRL solo en su aplicación por parte de las diputaciones provinciales].

Corresponde, por tanto, desestimar los motivos de inconstitucionalidad relativos al artículo 26.2 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.9 de la Ley 27/2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2017, de 21 de diciembre, sobre el artículo 197.1 a), párrafo tercero en relación con el párrafo segundo, de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general.

Antecedentes

Cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 197.1 a), párrafo tercero en relación con el párrafo segundo, de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, al considerarse que establece limitaciones contrarias al derecho del artículo 23.2 CE, imponiendo restricciones en el núcleo esencial de los derechos propios del ejercicio del cargo público para los concejales que dejan de pertenecer a la formación política por la que concurrieron a las elecciones, pasando a la condición de no adscritos y, en particular, instituye obstáculos en la función de control de la acción de gobierno a través del apoyo a la iniciativa de mociones de censura en el ámbito local.

Ponente: don Fernando Valdés Dal-Ré.

Extracto de doctrina

(...)

3. Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el artículo 23.2 CE consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, reconociendo el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. A este contenido explícito del precepto ha ligado nuestra jurisprudencia un contenido implícito cual es, en primer lugar, el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3), no pudiendo ser removido el cargo electo de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2). En segundo lugar, el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (por ejemplo, STC 246/2012, de 20 de diciembre, FJ 2). Y finalmente y respecto de cualquiera de esas dimensiones que hemos identificado como integrantes del derecho de participación política reconocido en el artículo 23.2 CE –acceso, permanencia y ejercicio–, la garantía de su perfeccionamiento en condiciones de igualdad y de acuerdo con los requisitos que señalen las leyes (por todas, STC 298/2006, de 23 de octubre, FJ 6).

Por consiguiente, se ha subrayado de modo invariable y constante el carácter de derecho de configuración legal del consagrado en el artículo 23.2 CE, de suerte que corresponde a la ley fijar y ordenar las derechos y atribuciones de los representantes electos que, "una vez

creados, quedan integrados en el [e]status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en que se integren" (entre tantas otras, STC 36/2014, de 27 de febrero, FJ 5, y las allí citadas).

Sin embargo, también se ha hecho constar en la jurisprudencia constitucional que la vulneración de los derechos de los representantes contenidos en el artículo 23.2 CE no se verifica con cualquier acto que infrinja el estatus jurídico aplicable, "pues a estos efectos solo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa" (v. gr., SSTC 141/2007, de 18 de junio, FJ 3; 169/2009, de 9 de julio, FJ 2; 20/2011, de 14 de marzo, FJ 4; 117/2012, de 4 de junio, FJ 3, o 36/2014, de 27 de febrero. FJ 5).

En concreto, quedan encuadradas en ese núcleo de la función representativa aquellas funciones que solo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución (STC 169/2009, de 9 de julio, FJ 3, por ejemplo). A saber y situados en el ámbito local que nos ocupa: participar en la actividad de control del gobierno local y en las deliberaciones del pleno de la corporación; votar en los asuntos sometidos a este órgano; obtener la información necesaria para poder ejercer las facultades anteriores y, por último, participar en las comisiones informativas (por enunciarlas en su integridad, STC 246/2012, de 20 de diciembre, FJ 7). En consecuencia, con las precisiones que se efectuarán en los sucesivos fundamentos jurídicos, el presupuesto del que partimos al analizar el régimen cuestionado, previsto para la moción de censura local, es que los miembros de una corporación local cuentan entre las funciones que pertenecen a ese núcleo representativo, entre otras, en todo caso y, por tanto, también en el de los concejales no adscritos, con la de participar en la actividad de control del gobierno local.

4. Ha sido destacado con reiteración que el párrafo tercero del apartado a) del artículo 197.1 LOREG –atendida la remisión de la letra e) del precepto y la fase procedimental a la que esta última se refiere– determina que en el momento inmediatamente anterior a la votación de la moción de censura en el plenario debe satisfacerse el quórum del párrafo segundo de aquella primera letra del artículo controvertido, siempre que alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato y no forme o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el alcalde

cuya censura se propone (en función, esto último, de la especialidad definida en el párrafo segundo del mismo artículo).
*A la vista de ello es concebible la hipótesis de la inconstitucionalidad que enuncia el Auto de planteamiento, dada la naturaleza de la facultad de control al gobierno que es objeto de la regulación normativa, integrada como está, en la configuración legal, en aquel núcleo de la función representativa descrito en el fundamento jurídico anterior. En efecto, en relación con ello, la STC 81/2012, de 18 de abril, FJ 3, recuerda: i) que la moción de censura es un instrumento clave de las formas de gobierno parlamentario –que se basan en la existencia de una relación de confianza entre el Gobierno y las Cámaras–, porque es un mecanismo a través del cual el Legislativo controla la gestión del Ejecutivo y exige responsabilidad política al mismo, configurándose como un cauce para la manifestación de la extinción de la confianza de las Cámaras en el Ejecutivo; ii) que su virtualidad como mecanismo de control y exigencia de responsabilidad política de los gobernantes por quienes les invistieron de la confianza para serlo ha llevado al legislador a incorporar la moción de censura a otras instituciones que también reúnen las notas de representación democrática y confianza a la hora de elegir al poder ejecutivo, como es el caso de los gobiernos municipales, pese a las indudables diferencias que existen entre el pleno de un ayuntamiento o una asamblea vecinal (en el régimen de concejo abierto) y las asambleas legislativas y autonómicas; iii) que la moción de censura al alcalde se presenta como un instrumento de naturaleza híbrida, pues es, primordialmente, un medio de control y de exigencia de responsabilidad política por parte del pleno y, por tanto, un mecanismo de relación entre los órganos del gobierno municipal, pero, por otro lado, cuando prospera, implica a su vez una causa de cese del alcalde inicialmente designado –poniendo fin a la efectividad de la elección inicial–, con la subsiguiente proclamación de uno nuevo; iv) que, por las razones enunciadas, la moción de censura aparece como una pieza clave de la forma de gobierno local, esto es, del régimen institucional local; y finalmente v) que la moción de censura local configura el "*ius in officium*, el estatus representativo de los concejales", ya que, como se atribuye a estos la iniciativa y, por tanto, la puesta en marcha de un procedimiento extraordinario de elección de nuevo alcalde y de remoción del anterior, la facultad de presentar una moción de censura con los límites y garantías previstos en la legislación pasa a formar parte del núcleo de su función de representación política, siendo su regulación norma de desarrollo directo del artículo 23.2 CE.*
En suma, a tenor de esa caracterización de la moción de censura y su encuadramiento en el núcleo de la función representativa, el incremento

dispuesto (párrafo tercero en relación con el segundo) sobre la mayoría absoluta requerida como regla general en el primer párrafo de la letra a) del artículo 197.1 LOREG, en el momento de verificación que corresponde a la Mesa de edad según el apartado e) de la misma disposición, altera para los concejales no adscritos el régimen ordinario de un derecho legalmente configurado como parte del núcleo de su función representativa, que restringe abiertamente, ya que priva de efecto alguno, como afirma el órgano judicial, a los apoyos que puedan ofrecer en la fase de iniciativa o propuesta de la moción, aunque no lo haga en la de votación. Por expresar la idea en otros términos, la promoción de la moción ha de contar en el momento procedimental a examen, previo a la votación plenaria, con el apoyo de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación como si de esta no formara parte un número igual al de los concejales no adscritos que la suscriben. Es esta una exigencia que puede hacer inviable en una pluralidad de escenarios, como es notorio, la tramitación de aquella iniciativa de control del gobierno municipal (como podría ser el caso del supuesto de autos, en el Ayuntamiento de Tacoronte, si declarásemos la constitucionalidad de la norma a examen).

5. Encuadrada la facultad de promoción de la censura al alcalde en el núcleo de la función representativa en el ámbito local y constatada la alteración del régimen jurídico ordinario de ejercicio del derecho controvertido, al experimentar los concejales no adscritos, ex *artículo 197.1 a) párrafo tercero LOREG, una restricción objetiva del margen de iniciativa o impulso de la remoción del alcalde, corresponderá ahora analizar si esa determinación legal, además de incidir en el estatus representativo, lo menoscaba, lesionando el artículo 23.2 CE, o si, por el contrario, cuenta con algún fundamento constitucionalmente admisible que la respalde por ser posible su armonización con el perfeccionamiento de la función representativa y la participación política en condiciones de igualdad (STC 298/2006, de 23 de octubre, FJ 6).*

El precepto a examen ofrece una concreción más del marco legal específico del estatus representativo de los concejales no adscritos de los municipios, contemplados por el artículo 73.3 LBRL. Esta figura responde y se remonta al acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales que se firmó con fecha 7 de julio de 1998 y fue renovado por nuevos acuerdos de 26 de septiembre de 2000 y 23 de mayo de 2006. Como consecuencia del primero de ellos, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, modificó el artículo 73.3 de la Ley reguladora de las bases de régimen local (LBRL) e introdujo la figura de los miembros de las corporaciones locales no

adscritos a ningún grupo político; esto es, los concejales o diputados provinciales que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia. Se superaba de ese modo el anterior diseño normativo en el que los miembros de las entidades locales en dicha situación pasaban a integrarse en el grupo mixto.

De otra parte, la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, en su exposición de motivos conecta previsiones como la cuestionada en este procedimiento constitucional, en ella contenidas, con la anomalía que ha incidido negativamente en el sistema democrático y representativo y que se ha conocido como "transfuguismo". A tal fin declara que "probablemente con esta reforma no se podrá evitar que sigan existiendo 'tránsfugas', pero sí que con su actuación modifiquen la voluntad popular y cambien gobiernos municipales. Todos los partidos han sufrido la práctica de personas electas en sus candidaturas que abandonan su grupo y modifican las mayorías de gobierno. De ahí que fuera una necesidad imperiosa encontrar una fórmula para que, desde el respeto a la doctrina del Tribunal Constitucional, esto no volviera a producirse. Se trata, en definitiva, de una medida de regeneración democrática que contribuirá a eliminar las tensiones políticas y sociales y que favorecerá de cara al futuro la estabilidad en la vida municipal".

En definitiva, lo que el preámbulo de la Ley Orgánica afirma es que interviene sobre la anomalía que el transfuguismo representa, y que lo hace, específicamente y en síntesis, al objeto de asegurar la voluntad popular y la estabilidad de la vida municipal. Ese sería el fin de la norma o, si se prefiere, de normas como la aquí cuestionada contenidas en la Ley Orgánica de referencia como expresión de la opción legislativa frente al fenómeno del transfuguismo.

Esa lógica de regeneración democrática se concreta en este caso en una modalización para determinados concejales de un derecho que forma parte del ius in officium *y que se actualiza, en su ejercicio, con amparo en la libertad de mandato, resultando el presupuesto de la restricción del derecho al que atiende el legislador, con el que responde pretendidamente al fin normativo declarado en el preámbulo, aquel que consiste en una disolución del nexo con el grupo político municipal de origen; esto es, la separación –el carácter voluntario o acordado por la organización es ahora irrelevante– del grupo político municipal al que se adscribió el concejal al inicio de su mandato, lo que a menudo será expresión de la desvinculación de la formación política por la que los cargos electos concurrieron a las elecciones (en tanto que los par-*

tidos políticos canalizan su acción por medio de los grupos municipales [artículo 73.3 LBRL]).

Si ese es el factor que activa la efectividad de la norma o, en otros términos, el presupuesto de la misma, el propósito u objeto que procura y al que responde, de su lado, consiste en que no sea modificada "la voluntad popular", no se modifiquen "las mayorías de gobierno" ni "cambien gobiernos municipales" y se favorezca con ello "la regeneración democrática" o la "estabilidad en la vida municipal".

6. Para analizar la constitucionalidad de un precepto legal construido sobre esas bases deberá considerarse: (i) que el legislador no puede imponer en el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) restricciones que, más allá de los imperativos del principio de igualdad y desde la perspectiva constitucional, no se ordenen a un fin legítimo (por todas, STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6); (ii) que el artículo 23.2 CE determina, una vez dispuesta la facultad representativa de que se trate (aquí la moción de censura en el ámbito local), que su regulación no podrá conllevar restricciones ilegítimas contrarias a la garantía de igualdad, puesto que, como recordara la STC 10/1983, de 21 de febrero, la libertad del legislador para desarrollar el artículo 23.2 CE cuenta, entre otras limitaciones que aquí no están a debate, con las generales que derivan de ese principio; (iii) adicionalmente, en los términos de la STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2, que en los cargos que se alcanzan a través de elección popular y tienen, por tanto, naturaleza representativa, 'los requisitos que señalen las leyes' a que se refiere el artículo 23.2 C.E. solo serán admisibles en la medida en que sean congruentes con su naturaleza y que "su carácter de derecho de configuración legal no nos puede hacer olvidar que los derechos del art. 23.2 son derechos fundamentales", debiendo, por tanto, este Tribunal revisar si ha quedado afectada su integridad. De no ser así, concluíamos entonces, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria.

Al objeto de ese examen adquieren protagonismo criterios de nuestra jurisprudencia que encuadran el juicio de igualdad que procede realizar en el presente caso alrededor del ejercicio de las funciones representativas, a saber:

a) Que las restricciones o limitaciones impuestas a los concejales no adscritos responden "en principio (...) a un fin legítimo" (STC 9/2012, de 18 de enero, FJ 4), ya que posee relevancia jurídica la adscripción política de los representantes (entre otras, en la STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 2). Es claro, en efecto, que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 CE) y la consagra-

ción constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6 CE), dotan de relevancia jurídica (y no solo política) a la adscripción política de los representantes. En consecuencia, como resultado de lo dicho, el fin de intervenir frente al transfuguismo con una regulación jurídica es en principio constitucionalmente legítimo.

b) Que, como señalamos en fundamentos anteriores y en el mismo fundamento jurídico 4 de la STC 9/2012 se plasmaría con claridad, tales limitaciones o restricciones no pueden operar sin embargo, en contra de la garantía de igualdad, sobre los derechos integrantes del ius in officium. *Un núcleo de la función representativa que queda en el presente caso comprometido al formar parte de él la moción de censura legalmente configurada en el ámbito local (STC 81/2012).*

c) Que la garantía de igualdad que se contiene en el artículo 23 CE ha de armonizarse además, de manera insoslayable, con la libertad de mandato, opción política de nuestra Constitución en el marco del derecho de participación política que permite construir la representación política a través de una vinculación inmediata entre los representantes y los representados (destacadamente, STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2), ya que las funciones del núcleo de derechos y facultades de los cargos electos se atribuyen a su titular y en condiciones de igualdad, y no al partido político o grupo en el que se integre.

En ese último sentido, la STC 123/2017, de 2 de noviembre, recordaba recientemente en su fundamento jurídico 3 "que el mandato libre de los representantes locales, a efectos de mantenerse en el cargo caso de expulsión o abandono de los partidos en cuyas listas fueron elegidos, ha sido reconocido y preservado por la jurisprudencia constitucional con fundamento en el artículo 23 CE y pese a que para dicho ámbito local no exista norma análoga al artículo 67.2 CE (SSTC, entre otras, 10/1983, en su conjunto; 185/1993, de 31 de mayo, FJ 5; 298/2006, de 23 de octubre, FFJJ 6 y 7; 246/2012, de 20 de diciembre, FJ 5, y 125/2013, de 23 de mayo, FJ 6)". Por consiguiente, lo que en ese reciente pronunciamiento se predica de la libertad del mandato de los miembros de las Cortes Generales alcanza a los representantes locales y opera, mutatis mutandis*, como señala el fundamento jurídico 3 B) letra b) de la Sentencia de 2017 que citamos, (i) "frente a lo que pudieran llegar a disponer normas del Ordenamiento", (ii) sin que pueda confundirse tal libertad "con la fidelidad política, asumida por los parlamentarios, al programa con el que recabaron el voto popular (STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 4) ni con su vinculación o someti-*

miento, también voluntariamente aceptado, a las reglas disciplinarias que a sí mismos se den el partido político o el grupo de una u otra Cámara en los que hayan decidido integrarse, pues se trata estrictamente de una libertad frente al Estado (en su más amplio sentido), en cuya virtud el Ordenamiento no puede prestar su sanción o fuerza de obligar a acto alguno que pretenda predeterminar el ejercicio por el diputado o senador [digamos ahora 'representante local'] de sus funciones como tal y que provenga ya de sus electores (cuerpo electoral o, en su caso, poderes públicos), ya del partido o grupo del que forma parte"; (iii) y en fin, siguiendo aun lo que allí se declaró, sin que la posición o estatus de los representantes electos (el núcleo esencial de sus funciones, en suma) se pueda hacer depender "del juicio, positivo o adverso, que su actuación pudiera merecer a aquellos electores, partidos o grupos. Dependencia cuya manifestación más extrema se daría en el caso de que se reconociera a unos u otros potestad para determinar, directa o indirectamente, si el representante habría de mantenerse o no, vigente su mandato, en el ejercicio del cargo".

El mandato libre supone, en definitiva, la exclusión de todo sometimiento jurídico del representante, en cuanto tal, a voluntades políticas ajenas y proscribe por ello, en particular, que sobre él se hicieran pesar tanto instrucciones vinculantes en Derecho que pretendieran disciplinar su proceder, como asimismo cualquier tipo de sujeción, jurídicamente impuesta, a la confianza de sus electores (expresada del modo que se pretendiera) o de las organizaciones o grupos políticos en que se integre o en cuyas listas hubiera concurrido a las elecciones. Una sujeción que, de llegar a verificarse, contrariaría adicionalmente sus derechos al mantenimiento en el cargo y a ejercerlo sin constricciones ilegítimas (art. 23.2 CE). Los vínculos y lealtades de orden político de cualesquiera representantes populares son, en definitiva, consustanciales a una democracia representativa en la que los partidos, muy en especial, cumplen los cometidos capitales que enuncia el artículo 6 CE, pero es la propia racionalidad de esta forma de gobierno la que impide, precisamente en favor de una representación libre y abierta, que el Ordenamiento haga suyos tales compromisos, prestándoles su sanción y convirtiéndolos, de este modo, en imperativos jurídicos.

7. Con esos presupuestos de cobertura del artículo 23.2 CE, ligados a los límites de la intervención normativa sobre el ius in officium *y a la garantía del mandato libre, podremos ya abordar el juicio de la norma cuestionada desde un prisma de igualdad y proporcionalidad de la diferencia de trato que contiene, considerando: a) si la medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo*

perseguido por ella, antes enunciado (juicio de idoneidad); b) si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad); y, c) si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto); por todas, STC 89/2017, de 4 de julio, FJ 9.

Por lo pronto, cabe afirmar que la modalización del derecho de promoción de la moción de censura en el ámbito local, tal y como aparece definida en la norma cuestionada, permite la consecución del fin perseguido, toda vez que el incremento del quórum de iniciativa tiene como efecto derivado el de dificultar la exigencia de responsabilidad política y remoción del alcalde por quienes les invistieron de la confianza para serlo, entorpeciéndose de ese modo la verificación de cambios que incidan en la estabilidad en la vida municipal y den lugar a la modificación de gobiernos municipales con la participación en el impulso de la moción de censura de concejales que hayan dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato. Se trata por tanto, en abstracto, de una medida idónea y adecuada para el logro del objetivo que se pretende con su adopción.

Prosiguiendo con el segundo de los pasos inherentes a la regla de proporcionalidad, el juicio de necesidad, la medida legal puede también estimarse necesaria al propósito que nace, puesto que se limita a establecer un reforzamiento del quórum de promoción de la moción de censura sin alterar más allá de ello la dinámica del procedimiento de exigencia de responsabilidad y remoción del alcalde, como acredita señaladamente que no se altere el régimen de mayorías de la fase de votación, momento en el que los concejales proponentes que hayan dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato no ven limitado su derecho, conservando la facultad de participar en la votación como cualquier otro concejal. En suma, se persigue dificultar su acción de promoción de la moción para evitar incidencias en la estabilidad en la vida municipal, sin añadir a ello, sin embargo, un escenario de restricción o distorsión abierta de su derecho en la fase de decisión.

Una vez superados los juicios de idoneidad y de necesidad, corresponde ocuparse del denominado de proporcionalidad en sentido estricto.

En primer lugar, la norma impugnada equipara, en la restricción del derecho, a todos los concejales que hayan dejado de pertenecer al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato

("por cualquier causa", dice la previsión legal). Por consiguiente, no establece diferencia alguna en función de las circunstancias que puedan haber desencadenado el cese de dicha vinculación con el grupo político municipal, ni precisa el fundamento que permitiría asociar la disolución de la relación orgánica con el grupo político de origen y los fines singulares, relativos a la estabilidad municipal, que la norma debe intentar asegurar, según las declaraciones del preámbulo de la Ley Orgánica. No distingue tampoco, en particular, en función de que la separación del grupo ataña o no a la vida de esa concreta corporación municipal. Tampoco valora el significado que eventualmente podría revelar la proporción de concejales que hayan expresado el desafecto o desacuerdo con el grupo político. Y no precisa, en fin, las razones que pudieran expresar un fraude de representación, ya sean políticas o de otra índole, y que pudieran estar en la base de ese resultado. Estima, antes bien, que cualquier disolución de ese nexo orgánico (único factor relevante y presupuesto único de la norma) es contraria en sí misma considerada a la estabilidad de la vida municipal o del gobierno local, equiparando el respeto de la voluntad popular y del gobierno local a la protección del alcalde que fue designado, cuando lo cierto es que la representación política, en democracia, es siempre colegiada y el alcalde, por ello, representa al ayuntamiento, perfilándose las mayorías de acuerdo a los pactos que se establecen. En definitiva, parte el legislador de que cualquier hipótesis de disolución del vínculo político es merecedora de una intervención que asegure la regeneración democrática, premisa esta que, ante la descrita falta de determinación normativa que lo fundamente, no puede aceptarse.

En segundo lugar, la restricción opera con base en un criterio estrictamente subjetivo, cual es el ya reseñado de la desvinculación de los concejales del grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato, reuniendo de ese modo la previsión legal dos elementos diferentes y necesariamente dispares en un único parámetro que actualiza la limitación de derechos; a saber: de un lado, la disolución del nexo con el grupo político de origen, factor que solo podría constituir el presupuesto subjetivo de una norma que, a la vista de su concurrencia, procure evitar la repercusión de ciertas prácticas tránsfugas en la estabilidad municipal y, de otro, la necesaria razón objetiva que fundamente y desvele su sustento material en relación con el legítimo fin de la norma, que el legislador puede atender y regular si lo estima conveniente. La norma cuestionada carece por completo de ese fundamento objetivo, entendido como obligado soporte constitucional frente a una medida restrictiva del ius in officium *y del mandato libre en el ejercicio del cargo representativo.*

Por último, y como ya se enunció anteriormente, el legislador soslaya que la aplicación de la norma no solo puede dificultar sino incluso hacer del todo inviable en una pluralidad de escenarios la propia tramitación de aquella iniciativa de control del gobierno municipal, vetando la exigencia de responsabilidad y la remoción del alcalde.

De todo ello se concluye que "la anomalía que ha incidido negativamente en el sistema democrático y representativo y que se ha conocido como 'transfuguismo'" no puede intervenirse por el legislador con restricciones al ius in officium *(STC 9/2012) que impacten en el ejercicio natural del cargo público al amparo de la libertad de mandato con base en razones asociadas, sin adjetivos, a la vinculación orgánica o política, sin fundamentos añadidos. Sencillamente porque no es cierto que la desvinculación orgánica o política del grupo de origen desestabilice por defecto o sin excepción la vida municipal o modifique la voluntad popular. Así lo demuestran casos como el que está en el origen de este procedimiento constitucional, en el que la razón de la expulsión de los concejales socialistas fue por completo ajena a la vida municipal de Tacoronte, al tener que ver con cuestiones orgánicas y pactos suscritos por su partido político en ámbitos territoriales que lo excedían. La norma, en suma, sujeta al concejal al grupo político de origen bajo advertencia de restricción de las funciones representativas básicas, sin que ese efecto responda inevitablemente a una defraudación de la voluntad popular o a un hacer que busque la desestabilización de la dinámica municipal, como el preámbulo de la Ley Orgánica invoca.*

El artículo 23.2 CE, por tanto, resulta violado, porque la legalidad a la que remite es, en este caso, contraria a la Constitución y, en especial, a la naturaleza de la representación política. En consecuencia, debe declararse su inconstitucionalidad.

Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2017, de 21 de diciembre, sobre la Ley Foral 15/2015, de 10 de abril, por la que se modifica la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las policías de Navarra.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 15/2015, de 10 de abril, por la que se modifica la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las policías de Navarra, en relación con su aplicación a los cuerpos de policía local.

Ponente: don Santiago Martínez-Vares García.

Extracto de doctrina

(...)
7. La impugnación se dirige, en primer término, contra la redacción dada a los apartados primero y segundo del artículo 5 ter de la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las policías de Navarra, por el apartado tercero del artículo único de la Ley Foral 15/2015, de 10 de abril, por la que se modifica la citada Ley Foral 8/2007.
El precepto impugnado establece lo siguiente:
"Artículo 5 ter. Relaciones entre las Policías de Navarra.
1. La Policía Foral centralizará toda la información policial tanto ascendente como descendente para las Policías Locales.
La Policía Foral facilitará toda la información policial que disponga de cada municipio a su Policía Local.
Los Policías Locales facilitarán toda la información policial de su municipio al sistema de información policial de la Policía Foral.
2. Toda solicitud de apoyo de los Policías Locales de investigación policial, de información o de cualquier índole policial se efectuará siempre a la Policía Foral. La Policía Foral, si procede, canalizará dicha solicitud a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado".
El nuevo artículo 5 ter de la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, establece que toda la información policial del municipio se facilitará al sistema de información de la policía foral así como toda solicitud de apoyo de los policías locales de investigación policial se efectuará siempre a través de la policía foral. Ello supone, a juicio del Abogado del Estado, la vulneración del artículo 149.1.29 CE al colocar como único interlocutor de la policía local a la policía foral, en detrimento de las funciones que, en este ámbito, se atribuyen a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Con ello también se vaciarían de contenido las funciones y competencias de las juntas locales de seguridad.
El Letrado del Parlamento de Navarra niega la vulneración aducida, pues el precepto impugnado ha de interpretarse de una manera sistemática con la Ley Foral 8/2006, de 20 de junio, de seguridad pública de Navarra. Conforme a dicha interpretación, el artículo 5 ter concibe a la policía foral como policía de proximidad, pero sin que ello excluya que sea convocada, cuando sea necesario, la junta de seguridad. A su vez, la representante del Gobierno de Navarra afirma que la competencia sobre policía foral y sobre coordinación de policías locales es una competencia de carácter histórico lo que determina que no se aplique la LOFCS y que, en todo caso, conforme al artículo 54 LOFCS, la constitución de las juntas locales de seguridad es potestativa, no

resultando de aplicación a la Comunidad Foral de Navarra el Real Decreto 1087/2010, de 3 de septiembre.

El citado artículo 5 ter ahora impugnado regula las relaciones entre la policía foral, las policías locales y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y, concretamente, la transmisión de información policial y solicitudes de apoyo entre dichos cuerpos de policías.

Al referirse a principios de actuación y coordinación entre diferentes cuerpos de policías, incluyendo las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, este precepto se incardina en la materia seguridad pública. No podemos entender que el precepto impugnado, en la medida en que hace referencia a todos los cuerpos y fuerzas de seguridad presentes en la Comunidad Foral de Navarra, se incardine en materia de coordinación de policías locales ya que excede, por su propio contenido, de la coordinación de estas policías, extendiéndose a las relaciones de estos cuerpos con la policía foral y con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Tampoco se limita al régimen de la policía foral al intervenir en las relaciones con los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. El precepto está, por tanto, relacionado con las actividades dirigidas a la protección de personas y bienes y, en general, al mantenimiento del orden público y se encuadra por tanto en la materia de "seguridad pública", cuya competencia exclusiva corresponde al Estado de conformidad con el artículo 149.1.29 CE, en los términos y con las excepciones allí previstas.

El precepto impugnado regula el modo de relación entre las distintas policías que actúan en el ámbito territorial de la Comunidad Foral, actuación que ha de estar regida por el principio de coordinación según resulta del artículo 51 LORAFNA y de la disposición final tercera LOFCS, coordinación que se materializa, en su caso, a través de la junta de seguridad. De esa misma naturaleza instrumental desde el punto de vista de la coordinación entre los distintos cuerpos de policía participa la junta local de seguridad, prevista en el artículo 54 LOFCS, lo que no es sino corolario del principio de "cooperación recíproca" y "coordinación" entre los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del artículo 3 LOFCS, entre los que "se incluyen claramente, según el artículo 2 b) de la misma Ley, los cuerpos de policía dependientes de las comunidades autónomas" (STC 199/1987, de 16 de diciembre FJ 1). Dicha coordinación se efectuará a través de los órganos que a tal efecto establece dicha ley según dispone el propio artículo 3, como ya afirmamos en STC 82/1993, de 8 de marzo, FJ 3.

Partiendo de dichas premisas, hemos de analizar ahora las vulneraciones aducidas por el Abogado del Estado, comenzando por la relativa a que se vacían de contenido las funciones de las juntas locales de

seguridad, lo que vulneraría el artículo 54 LOFCS y el Real Decreto 1087/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de las juntas de seguridad, que lo desarrolla y, en consecuencia, el artículo 149.1.29 CE.

Respecto al artículo 54 LOFCS nos pronunciamos en la STC 82/1993, de 8 de marzo, FJ 4, en la que analizamos la aplicación de dicho precepto a la Comunidad Autónoma de Cataluña, atendiendo a lo dispuesto en la disposición final segunda de la citada Ley Orgánica, que está redactada en términos similares a lo dispuesto en la disposición final tercera de la misma (relativa a la aplicación de la LOFCS a la Comunidad Foral de Navarra) y llegamos a la conclusión de que el artículo 54 LOFCS es de aplicación supletoria respecto de lo establecido en el estatuto y en las leyes que lo desarrollan, por lo que ahora debemos llegar a la misma conclusión. Dado el carácter de dicha disposición en su aplicación a la Comunidad Foral de Navarra, de su eventual contravención no podría derivarse la vulneración del artículo 149.1.29 CE.

Asimismo, debemos descartar que el precepto impugnado vulnere el Real Decreto 1087/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento que regula las juntas locales de seguridad, vulneración aducida en la demanda, ya que, como el propio Real Decreto establece, el mismo no se aplica a las comunidades autónomas con cuerpo de policía propio, con competencia para la protección de las personas y bienes y para el mantenimiento del orden público, ni a los municipios con regulación especial reflejada en ley estatal o autonómica (disposición adicional única), y por tanto, no es aplicable a la Comunidad Foral de Navarra.

Sin embargo, lo anteriormente expuesto no basta para descartar la totalidad de las tachas que el Abogado del Estado formula a este precepto, por cuanto también recalca que el mismo vulnera el artículo 149.1.29 CE al colocar como único interlocutor de la policía local a la policía foral, en detrimento de las funciones que, en este ámbito, se atribuyen a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. En la regulación del precepto impugnado debemos diferenciar dos partes. En primer lugar, los párrafos segundo y tercero del apartado primero del artículo 5 ter de la Ley Foral 8/2007, en la redacción dada por el apartado tercero de la Ley Foral 15/2015, cuyas previsiones se limitan a establecer deberes recíprocos de información entre la policía foral y los cuerpos de la policía local. Debemos desestimar, en consecuencia, la impugnación referida a dicha regulación, ya que sus previsiones no son otra cosa que una manifestación más de la existencia de deberes recíprocos de intercambio de información entre las Admi-

nistraciones públicas que es una consecuencia del principio general de colaboración que debe presidir las relaciones entre todas ellas.

Sin embargo, nuestra conclusión no puede ser la misma respecto al párrafo primero del apartado primero y al apartado segundo del artículo 5 ter de la Ley Foral 8/2007, en la redacción dada por el apartado tercero de la Ley Foral 15/2015. En dichos apartados del artículo 5 ter se establece que la policía foral centralizará toda la información policial tanto ascendente como descendente para las policías locales, incluyendo, por tanto, la proveniente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado así como las que a ellas se dirija. Además se prevé que toda solicitud de apoyo de los policías locales de investigación policial, de información o de cualquier índole policial se efectuará siempre a través de la policía foral, que valorará dicha solicitud para decidir dirigirla o no a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. De esta forma el legislador foral está incidiendo en una cuestión directamente relacionada con la competencia estatal en materia de seguridad pública ex *artículo 149.1.29 CE, como es la relación existente entre las policías locales de Navarra y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, en particular en lo relativo a las labores de información e investigación policiales. Esta cuestión no se incardina, como ya hemos apreciado, en la competencia de la Comunidad Foral en materia de coordinación de las policías locales, sino que guarda directa relación con el mantenimiento del orden público y la seguridad de personas y bienes, de exclusiva competencia estatal, salvo lo dispuesto por la LORAFNA en relación con la policía foral.*

Así encuadrado el precepto, resulta que, para ser conforme con el orden competencial, la forma de transmisión de información y de solicitud de apoyo prevista en el precepto impugnado habría de referirse limitadamente a las competencias de las policías locales y de la policía foral en materia de seguridad pública, sin afectar a las demás policías que actúan en Navarra. Por lo tanto, la previsión de que se canalice toda la información y de que las solicitudes de apoyo se realicen a través de la policía foral, previa su correspondiente valoración por esta, no podría impedir, por una parte, el ejercicio de las funciones que corresponden a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, ya que, además, en materia de seguridad pública las comunidades autónomas no pueden asumir estatutariamente más competencias que las previstas, para la creación de cuerpos propios de policía, en el artículo 149.1.29 CE [por todas STC 128/2016, FJ 8 A)]. Conclusión que se corrobora a tenor de lo dispuesto en la LORAFNA, cuyo artículo 51 se refiere expresamente al régimen de la policía foral. Consecuentemente, la vulneración competencial apreciada deriva de que el precepto

impugnado interfiere directamente en las labores de información e investigación policiales que, previa solicitud de la policía local, puedan llevar a cabo las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Tal interferencia se produce porque, conforme a su tenor ("si procede") la policía foral va realizar su propia valoración de toda "solicitud de apoyo de los policías locales de investigación policial, de información o de cualquier índole policial". Valoración que es determinante para que dicha solicitud de apoyo se haga efectiva, lo que implica que, al hacerlo, dicha policía foral decide sobre cuestiones relacionadas con la seguridad pública que exceden de las competencias forales, circunscritas al régimen de su propia policía, para adentrarse en las que la Constitución atribuye en exclusiva al Estado.

Por tanto, lo dispuesto en el párrafo primero del apartado primero y en el apartado segundo del artículo 5 ter de la Ley Foral 8/2007, en la redacción dada por el apartado tercero de la Ley Foral 15/2015, excede de las competencias de la Comunidad Foral en relación con el régimen de la policía foral ya que viene a determinar el modo en que se coordinan y colaboran todas las fuerzas y cuerpos de seguridad presentes en la Comunidad Foral, incluidos los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, con las policías locales de Navarra.

Consecuentemente, debemos concluir que dicha regulación menoscaba las competencias estatales en materia de seguridad pública ex *artículo 149.1.29 CE y declarar la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo primero del apartado primero y el apartado segundo del artículo 5 ter de la Ley Foral 8/2007, en la redacción dada por el apartado tercero de la Ley Foral 15/2015.*

8. En segundo lugar, se impugnan los apartados veinte y veintiuno de la Ley Foral 15/2015, que, respectivamente, modifican los artículos 34.1 y 35.1 de la Ley Foral 8/2007. Estos preceptos regulan el acceso mediante promoción interna a los empleos de subinspector e inspector. En los dos casos lo cuestionado es la aplicación a los cuerpos de policía local de sus incisos finales "o que cuenten con más de cinco años de antigüedad en dicho empleo, aunque carezcan de titulación". Los referidos preceptos establecen lo siguiente:

"Artículo 34. Acceso al empleo de Subinspector.

1. El acceso al empleo de Subinspector se efectuará, sobre las plazas vacantes convocadas, mediante promoción interna desde el empleo de Cabo por el procedimiento de concurso-oposición. Para participar en dicho concurso-oposición se exigirá una antigüedad mínima de tres años en el empleo de Cabo y la titulación de grado medio exigida, o que cuenten con más de cinco años de antigüedad en dicho empleo, aunque carezcan de titulación".

"Artículo 35. Acceso al empleo de Inspector.
1. El acceso al empleo de Inspector se efectuará, sobre las plazas vacantes convocadas, mediante promoción interna desde el empleo de Subinspector por el procedimiento de concurso-oposición. Para participar en dicho concurso-oposición se exigirá una antigüedad mínima de tres años en el empleo de Subinspector y la titulación de grado medio exigida, o que cuenten con más de cinco años de antigüedad en dicho empleo, aunque carezcan de titulación".
Aduce el Abogado del Estado que la regulación impugnada, al suprimir la exigencia de la titulación requerida para el acceso a los empleos de inspector y subinspector de la policía local, en los casos de promoción interna, infringe el artículo 22.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función pública, y comporta la vulneración del artículo 149.1.18 CE. Por su parte, el representante del Parlamento de Navarra niega dicha vulneración atendiendo a las competencias que le corresponden a la Comunidad Foral de Navarra en la materia, poniendo de manifiesto que el artículo 22.1 de la Ley 30/1984 está derogado. A su vez, la representante del Gobierno de Navarra reitera esta última alegación y considera que el requisito de titulación para la promoción no constituye ningún derecho ni obligación esencial por lo que, en todo caso, conforme a las competencias de la Comunidad Foral de Navarra en materia de función pública, no sería aplicable.
El objeto de la presente impugnación es, conforme se argumenta en la demanda, el régimen de dispensa de titulación en los procesos de promoción interna en los cuerpos de policía local desde el empleo de cabo al de subinspector y desde el empleo de subinspector al de inspector, y a ella ceñiremos nuestro enjuiciamiento.
Las partes en este proceso coinciden en que este régimen se encuadra en materia de función pública, criterio que no cabe sino confirmar, a la vista del tenor de los preceptos impugnados, relativos a procesos de promoción interna de funcionarios públicos.
La norma estatal que regula esta materia es el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 5/2015, no el artículo 22.1 de la Ley 30/1984, que es la norma cuya vulneración aduce el Abogado del Estado y que, como ponen de manifiesto los representantes del Parlamento y del Gobierno de Navarra, fue derogada por la disposición derogatoria única LEEP. En efecto, la disposición derogatoria única, apartado b), LEEP derogó el 22.1 a excepción de los dos últimos párrafos. Dicha derogación se contempla, asimismo, en la disposición derogatoria única b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, con el alcance, en ambos casos, de lo previsto en la disposición final cuarta, apartado segundo,

de dichas normas, en virtud de las cuales "hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto". En todo caso, en lo que ahora importa, lo relevante no es la vigencia del mencionado artículo 22.1 de la Ley 30/1984, sino que las sucesivas normas estatales posteriores han seguido manteniendo el requisito de la titulación como uno de los necesarios para la promoción interna de los funcionarios de carrera.

En efecto, en la actualidad, el art 18.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 establece el régimen de la promoción interna y exige que los funcionarios posean los requisitos exigidos para el ingreso entre los que se encuentra, conforme al artículo 56.1 e) de dicha norma, "poseer la titulación exigida". Además, la aplicación directa a los cuerpos de policía local de lo previsto en el del Real Decreto Legislativo 5/2015 viene dispuesta expresamente por su artículo 3.2.

Esta regulación es idéntica a la establecida en la LEEP, identidad que determina, por las mismas razones indicadas en nuestra STC 33/2013, FJ 4, que dichos preceptos tengan carácter básico. En efecto, dicha regulación es norma básica desde una doble perspectiva: por un lado, su carácter formalmente básico, al igual que el de las demás disposiciones del Real Decreto Legislativo 5/2015 relativas al régimen estatutario de los funcionarios, se desprende de la disposición final primera de dicha norma. Por otro lado, este Tribunal ha reconocido en numerosas ocasiones el carácter materialmente básico del requisito de la titulación en el ámbito de la función pública, ya sea en relación con el acceso o la integración de los funcionarios en escalas o grupos (SSTC 388/1993, de 23 de diciembre, FJ 2; y 113/2010, de 24 de noviembre, FJ 5), ya sea –y esto resulta decisivo para el presente proceso– para su promoción interna (SSTC 175/2011, FJ 5; 2/2012, FJ 2; 3/2012, FJ 4; y 4/2012, FJ 5). En relación específicamente con esta cuestión ya nos hemos pronunciado reiteradamente, al analizar supuestos de dispensa de titulación en la promoción en los cuerpos de policía local, cuando afirmamos que la titulación se erige en requisito esencial de la promoción interna, elemento este del "régimen estatutario de los funcionarios públicos", lo cual conduce al título competencial del artículo 149.1.18 CE; y se encuadra sin dificultad en el "régimen estatutario de los funcionarios públicos" del artículo 149.1.18 CE (SSTC 175/2011, de 8 de noviembre, FFJJ 4 y 5; 2/2012, de 13 de enero, FJ 3; 3/2012, de 13 de enero, FJ 5; 4/2012, de 13 de enero, FJ 5; 33/2013, de 11 de febrero, FJ 5;

189/2014, de 17 de noviembre, FJ 3, y 200/2015, de 24 de septiembre, FJ 4).

Todas ellas, a partir del análisis del régimen jurídico de los funcionarios de policía local que figura recogido en la STC 175/2011, FFJJ 4 y 5, han puesto de relieve que, con carácter general, la titulación se erige en requisito esencial de la promoción interna, elemento este del régimen estatutario de los funcionarios públicos que conduce al título competencial del artículo 149.1.18 CE. No ofrece pues duda alguna la competencia del Estado, ex *artículo 149.1.18 CE, para establecer los requisitos de titulación en materia de promoción interna, competencia que comprende asimismo la determinación de los supuestos de dispensa de titulación, como excepción a la regla general.*

En todo caso, en lo que las partes difieren es en la aplicación de la norma básica a la Comunidad Foral de Navarra dadas sus competencias en esta materia.

Atendiendo al régimen de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra en materia de función pública, que ya hemos expuesto, procede determinar en qué medida la titulación como requisito de la promoción interna, establecido por el Real Decreto Legislativo 5/2015, además de tener carácter básico ex *artículo 149.1.18 CE, constituye parte de ese núcleo de derechos y obligaciones esenciales que vinculan a la Comunidad Foral de Navarra conforme al artículo 49.1 b) LORAFNA.*

El artículo 14.1 c) del Real Decreto Legislativo 5/2015 regula, como derecho individual de los funcionarios, el de "promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad". El artículo 18 del Real Decreto Legislativo 5/2015 determina respecto a la promoción interna de los funcionarios de carrera que deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso y por lo tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.1 e) del Real Decreto Legislativo 5/2015, la titulación exigida [en el mismo sentido artículo 15.1 b) del texto refundido del estatuto del personal de la Administración Foral de Navarra, aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto].

El límite que para las competencias de la Comunidad Foral en materia de función pública constituye el respeto de los derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios ha de concretarse por relación al análisis particularizado de las normas que los prevean. Con carácter general se trata de las situaciones jurídicas caracterizadoras del propio modelo de régimen estatutario de los funcionarios y sin las cuales no sería reconocible ese estatuto. A título de ejemplo, la STC 141/2013, de 11 de julio, FJ 6, cita como derechos esenciales de los

funcionarios públicos los de retribución, de acceso a la función pública y de movilidad. En el mismo sentido la STC 111/2014, de 26 de junio, FFJJ 3 y 5, considera que la nota común a las distintas modalidades de acceso a la función pública es la exigencia de superación de un proceso selectivo y la consiguiente proscripción de la integración automática, pues se trata de una cuestión que conecta con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas y con los principios constitucionales que deben integrarlo. Lo que hay que decidir ahora es si forma parte de ese núcleo de derechos y obligaciones esenciales que vinculan a la Comunidad Foral de Navarra conforme al artículo 49.1 b) LORAFNA la exigencia de que en la promoción interna de los funcionarios de carrera estos deban poseer los requisitos exigidos para el ingreso, en particular la titulación.

La respuesta a dicha cuestión no puede ser sino positiva en cuanto que la exigencia de la posesión de la titulación necesaria como requisito para la promoción interna de los funcionarios públicos se incardina en la regulación de los derechos y obligaciones de estos que compete al legislador estatal, ya que define una de las notas características del sistema de función pública, por lo que ha de ser respetado por la Comunidad Foral. El derecho de promoción interna comprende la posibilidad de ascenso al grupo inmediatamente superior al que pertenece el funcionario, lo que se relaciona con los dos principios rectores de los que parte el sistema general de función pública. La consideración de los títulos académicos exigidos para el acceso como criterio taxonómico para clasificar los cuerpos, escalas, clases y categorías de funcionarios y el mandato de la exigencia de que la promoción interna del personal, derecho individual de los funcionarios, se haga atendiendo a los requisitos exigidos para acceder a la función pública y, por consiguiente, respetando la exigencia de la titulación precisa para el ingreso en el grupo al que intentan ascender, en tanto que esa exigencia se relaciona con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, informadores de nuestro sistema de función pública. De acuerdo con el artículo 103.3 CE, la consagración del principio de mérito y capacidad para el ingreso en la función pública constituye un presupuesto básico de la configuración de una función pública profesionalizada. Este principio, directamente relacionado con el derecho fundamental del artículo 23.2 CE, también es aplicable a la carrera administrativa y a la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya son funcionarios públicos (entre otras, SSTC 293/1993, de 18 de octubre, FJ 4; 365/1993, de 13 de diciembre, FJ 7, y 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 4).

Así, el requisito de la posesión de la titulación bastante para el acceso y promoción en el ámbito de la función pública constituye parte de ese núcleo esencial del estatuto de los funcionarios públicos, pues estamos ante una cuestión que conecta con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE) y con los principios constitucionales que deben integrarlo (SSTC 113/2010, FJ 3, y 111/2014, FJ 3). La pretendida dispensa de titulación implica así un desconocimiento de los principios de mérito y capacidad previstos para el acceso a la función pública en la normativa impugnada, que "menoscaba la capacidad como requisito absoluto para el desempeño de cada puesto de trabajo concreto y niega el mérito como elemento relativo de comparación y preferencia para el acceso o nombramiento" (STC 388/1993, de 23 de diciembre, FJ 2) en la medida en que rompe uno de los aspectos esenciales del régimen general aplicable en todo el territorio nacional.

Atendiendo a dichos parámetros, la supresión de la exigencia de la titulación requerida para el acceso a los empleos de inspector y subinspector de la policía local, en los casos de promoción interna, prevista en los incisos finales de los artículos 34.1 y 35.1 de la Ley Foral 8/2007, en la redacción dada por los apartados vigésimo y vigésimo primero de la Ley Foral 15/2015, contradice el derecho a la promoción interna de los funcionarios públicos que protegen los artículos 14.1 c) y 18.2 en relación con el artículo 56.1 e) del Real Decreto Legislativo 5/2015 y, por ende, el artículo 149.1.18 CE, sin que encuentre amparo en lo previsto en el artículo 49.1 b) LORAFNA. Consecuentemente, y ateniéndonos al objeto de la impugnación en el presente recurso de inconstitucionalidad, debemos declarar inconstitucional y nulo el inciso "o que cuenten con más de cinco años de antigüedad en dicho empleo, aunque carezcan de titulación" de los artículos 34.1 y 35. 1 de la Ley Foral 8/2007, en la redacción dada por los apartados vigésimo y vigésimo primero de la Ley Foral 15/2015, en lo que respecta a su aplicación a los cuerpos de policía local.

9. En tercer lugar, se impugna el apartado trigésimo cuarto del artículo único de la Ley Foral 15/2015, por cuanto se refiere a la aplicación del artículo 57.1 de la Ley Foral 8/2007 a los cuerpos de policía local exclusivamente.

Dicho precepto dispone que "el personal de los cuerpos de policías de Navarra solo será sancionado por el incumplimiento de sus deberes cuando dicho incumplimiento sea constitutivo de falta disciplinaria conforme a esta ley foral".

El Abogado del Estado alega, en los términos expuestos en los antecedentes, que dicha regulación, al establecer que el único régimen

disciplinario aplicable a la policía local es el previsto en la Ley Foral, vulnera las competencias del Estado en punto a la definición de dicho régimen.

El Abogado del Estado, por lo tanto, no cuestiona la competencia de la Comunidad Foral para regular esta materia, sino la exclusión por la norma foral del régimen disciplinario de los policías locales establecido por el legislador estatal. Motivo que se basa en que la norma foral señala expresamente que el personal de los cuerpos de policías de Navarra solo será sancionado por incumplimientos previstos en la ley foral.

El problema competencial que debemos resolver viene dado, entonces, porque el legislador estatal dispone la aplicación de un determinado régimen disciplinario a los policías locales, régimen cuya aplicación en Navarra, quedaría excluido por la decisión del legislador foral.

Para su resolución debemos partir de que el régimen disciplinario de los policías locales se encuadra en materia de función pública en tanto que es uno de los elementos que integra el régimen estatutario de los funcionarios públicos (por todas, STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 5), y es indiscutido que los policías locales ostentan dicha condición (STC 175/2011, FJ 4). Ello no obsta a que los cuerpos de policía local, en tanto que instituto armado de naturaleza civil (entre otras, STC 200/2015, de 24 de septiembre, FJ 3), estén sujetos también al régimen disciplinario que deriva de lo previsto en el artículo 52 LOFCS. Realizadas dichas consideraciones, y atendiendo al régimen de distribución de competencias, esta es una materia compartida entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, en los términos que ya han quedado reiteradamente expuestos.

En la medida en que se trata de una materia compartida, es patente que las competencias de Navarra en relación con la policía local no permiten que el legislador foral pueda arrogarse en exclusiva la tarea de definir el régimen disciplinario aplicable a los policías locales de Navarra, desplazando con ello la intervención del legislador estatal. Por lo tanto, atendiendo a que la norma autonómica lo que expresa es la intención de excluir la aplicación de cualquier otra norma distinta en la definición del régimen disciplinario aplicable a los policías locales de Navarra, resulta contraria al criterio de delimitación de competencias al desconocer el carácter compartido de la misma.

Conforme a las consideraciones expuestas, hemos de convenir con el Abogado del Estado que el artículo 57. 1 de la Ley Foral al excluir del régimen disciplinario aplicable a los Cuerpos de la policía local de Navarra el régimen derivado de la aplicación de las normas estatales, la norma es inconstitucional. Ahora bien, dicha exclusión en la

que se fundamenta exclusivamente la queja del Abogado del Estado, no deriva de todo el precepto impugnado. Por tanto, debemos limitar la declaración de inconstitucionalidad y nulidad al inciso "solo" del artículo 57.1 de la Ley Foral 8/2007, en la redacción dada por el apartado trigésimo cuarto del artículo único de la Ley Foral 15/2015, y en cuanto a su aplicación a los cuerpos de policía local exclusivamente, en el que se residencia el motivo de inconstitucionalidad que hemos apreciado a partir de lo alegado en la demanda. Eliminada esa palabra, el resto del precepto no excluye la aplicación de las normas estatales, con lo que no merece reproche desde el punto de vista de su adecuación al orden constitucional de distribución de competencias.

10. Finalmente, es objeto de impugnación la disposición adicional primera de la Ley Foral 15/2015 que, bajo la rúbrica "Integración de los auxiliares de policía en los Cuerpos de policía local", establece que "los auxiliares de policía, con una experiencia mínima en el puesto de trabajo de 3 años y que en el momento de la entrada en vigor de la presente ley foral están prestando servicios en el Ayuntamiento que se trate o por futuras contrataciones y tras alcanzar dicha experiencia, se integrarán en el cuerpo de policía local, de alguaciles o de agentes municipales ya existentes o en el que se cree, previa superación de un concurso oposición, en un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente ley foral y por un máximo de dos convocatorias".

El Abogado del Estado alega que dicha disposición adicional, al prever un procedimiento restringido para la integración de los auxiliares de policía en la policía local mediante la superación de un concurso oposición en un máximo de dos convocatorias, comporta la vulneración de los artículos 23.2 y 149.1.18 CE. Concretamente, se aduce que la regulación contenida en la disposición adicional primera establece un procedimiento restringido de acceso a la policía local que está, como regla general, prohibido por la Constitución y solo se admitiría si se cumplen los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional: que se trate de una situación excepcional; que se acuda a este tipo de procedimiento una sola vez y que esta posibilidad esté prevista en una norma de rango legal. Entiende el Abogado del Estado que no se cumplen dichos requisitos ya que no se ha justificado en la exposición de motivos de la ley la concurrencia de una situación excepcional; y se prevén dos procesos de acceso restringido. A dicha alegación se opone el Letrado del Parlamento de Navarra aduciendo que no se vulnera ni la legislación sobre policías locales, de acuerdo con la disposición final tercera LOFCS, ni tampoco el artículo 23.2 CE. Por su parte, la representante del Gobierno de Navarra entiende que dicha regulación no es contraria el artículo 23.2 CE ya que la disposición

no contiene ninguna referencia individual y específica y dado que el acceso tiene lugar a través de concurso-oposición (STC 67/1989). Tampoco conculca el artículo 14 CE, ya que existe una causa objetiva y razonable que justifica, sin daño de la igualdad, que unas plazas de la Administración pública se cubran mediante pruebas en las que solo puedan participar quienes cumplan los requisitos previstos en la referida disposición adicional. Finalmente, pone de relieve que la disposición adicional primera ahora impugnada es prácticamente idéntica a la disposición adicional segunda de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 4/2007, de 20 de abril, de coordinación de policías locales, respecto a la que no se ha planteado recurso ni cuestión de inconstitucionalidad.

El motivo aducido por el Abogado del Estado se concreta, en consecuencia, en que la regulación impugnada, al establecer una prueba restringida, vulnera los artículos 23.2 y 149.1.18 CE.

Existe una consolidada doctrina de este Tribunal acerca del acceso a la función pública mediante pruebas restringidas y su compatibilidad con las normas constitucionales, tanto desde la perspectiva del derecho fundamental a la igualdad en dicho acceso (art. 23.2 en relación al art. 103.3 CE) como desde la consideración de la competencia estatal básica sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE) (por todas, STC 238/2015, de 19 de noviembre, FJ 3).

Conforme a la misma, el artículo 23.2 CE consagra "un derecho de configuración legal, de tal modo que compete establecer las condiciones de acceso a la función pública con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE) al legislador, correspondiendo a este la decisión sobre los distintos requisitos y condiciones para el acceso a la función pública que han de reunir los candidatos. De esta forma la Constitución española reserva a la ley la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho establecido en su artículo 23.2, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, los cuales solo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador. Además el artículo 23.2, en relación con el 103.3 CE, instituye un derecho de acceso en condiciones de igualdad, al que se opone la integración automática de determinados grupos en la función pública (STC 302/1993, de 21 de octubre), así como, en principio y salvo excepciones, las llamadas 'pruebas restringidas' para el acceso a la función pública (SSTC 27/1991, de 14 de febrero; 151/1992, de

19 de octubre; 4/1993, de 14 de enero; 60/1994, de 28 de febrero; 16/1998, de 26 de enero; o 12/1999, de 11 de febrero)" (STC 111/2014, de 26 de junio, FJ 2). Sobre las razones que pueden justificar, sin lesión del artículo 23.2 CE, las pruebas restringidas para el acceso a la función pública, la STC 238/2015, FJ 4, recuerda que "el Tribunal ha resuelto de un modo reiterado [SSTC 27/1991, de 14 de febrero, FJ 5 c); 60/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 16/1998, de 26 de enero, FJ 5; y 12/1999, de 11 de febrero, FJ 3; 126/2008, de 27 de octubre, FJ 3, y 130/2009, de 1 de junio, FJ 3] que 'no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legitima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración pública'".

En cuanto al régimen constitucional de distribución de competencias, ya nos hemos pronunciado en fundamentos jurídicos anteriores, sobre la singularidad que presenta la Comunidad Foral de Navarra, al ser el artículo 49.1 b) LORAFNA manifestación del reconocimiento y actualización de un derecho histórico, por lo que la competencia atribuida por dicho precepto incluye las competencias que sobre el régimen estatuario de los funcionarios ejercía Navarra en el momento de la promulgación de la LORAFNA, teniendo como límites, en primer lugar, el que las mismas no afecten a las competencias estatales inherentes a la unidad constitucional (arts. 2.2 y 3.1 LORAFNA) y, en segundo lugar, el respeto de "los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos". Asimismo, hemos afirmado que el régimen de acceso a la función pública establecido por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (LEEP), además de tener carácter básico ex *artículo 149.1.18 CE, constituye parte de ese núcleo de derechos y obligaciones esenciales que vinculan a la Comunidad Foral de Navarra* ex *artículo 49.1 b) LORAFNA (STC 111/2014, FJ 3), afirmación que resulta trasladable al régimen de acceso establecido en el Real Decreto Legislativo 5/2015, que establece una regulación idéntica a la que establecía la LEEP. Esta identidad determina que por las mismas razones indicadas en nuestra STC 111/2014, que los artículos 55.1, 61 y disposición transitoria segunda de dicho texto refundido deban considerarse formal y materialmente básicos (STC 238/2015, de 19 de*

noviembre, FJ 3) y que en los denominados procesos de funcionarización, la exigencia de superación de un proceso selectivo y la correlativa proscripción de la integración automática constituyen parte de ese núcleo esencial del estatuto de los funcionarios públicos, pues estamos ante una cuestión que conecta con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas y con los principios constitucionales que deben integrarlo (STC 111/2014, FJ 3). Igualmente, la STC 238/2015, FJ 3, destacó que "en las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos la norma estatal que prevé que la adquisición de tal condición se verificará mediante convocatorias abiertas. Encajan también, por implicar una modulación de dicha norma, las excepciones que eventualmente se puedan prever a tal regla general. De este modo, el legislador autonómico no actuará dentro de sus competencias si regula supuestos de acceso a la función pública en que la participación no sea libre más allá de aquellos que encuentren amparo en la normativa básica. Así lo ha declarado este Tribunal a la vista tanto del régimen básico previsto en la Ley 30/1984 (por todas, SSTC 151/1992, de 19 de octubre, FJ 3, y 302/1993, de 21 de octubre, FJ 3) como del regulado en la LEEP (STC 111/2014, de 26 de junio, FJ 3), debiendo extender ahora esta declaración al previsto en el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público y actualmente vigente".

Conforme a tales premisas podemos ya comenzar el examen de la norma impugnada. Esta disposición regula la integración en el cuerpo de policía local, de alguaciles o de agentes municipales de determinados auxiliares de policía. Los auxiliares de policía se definen en el artículo 2 de la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, como el personal contratado temporalmente en régimen administrativo por las entidades locales que dispongan de cuerpo de policía local, para la sustitución del personal de este cuerpo, por causas de absentismo, la provisión temporal de las vacantes existentes en sus respectivas plantillas orgánicas o la atención de necesidades relacionadas con la seguridad pública cuando no sea suficiente el personal fijo para hacer frente a las mismas. En el mismo sentido, el artículo 19 de la Ley Foral 8/2007 permite a las entidades locales de Navarra la contratación de este tipo de personal en las condiciones previstas en el citado precepto.

Por su parte, los policías locales son funcionarios públicos. Asimismo, tanto los agentes municipales como los alguaciles son funcionarios públicos, propios de las entidades locales que no dispongan de cuerpos de policía local, y para el ingreso en dichos puestos se les requiere los mismos requisitos y condiciones para el empleo de policía (conforme al artículo 20.5 de la Ley Foral 8/2007).

Por lo tanto, lo que prevé la disposición impugnada es un proceso de funcionarización de personal contratado con experiencia previa de tres años, funcionarización que se materializa a través de un concurso oposición a convocarse en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la norma y por un máximo de dos convocatorias. Indubitadamente, nos encontramos ante un supuesto específico de acceso a la función pública que se aparta del previsto con carácter general por la propia Ley Foral 15/2015. Lo que debemos valorar ahora, a la vista de la queja planteada, es si la norma regula un turno restringido para el acceso a la función pública mediante la integración de los auxiliares de policía en el cuerpo de policía local, de alguaciles o de agentes municipales.

En este sentido, el Tribunal aprecia que el procedimiento de acceso a la función pública que diseña la disposición impugnada no es un mecanismo abierto. El ámbito subjetivo de la norma se reduce a aquellas personas que desempeñen las labores de auxiliares de policía, con una experiencia mínima en el puesto de trabajo de 3 años. Estas personas son las únicas que pueden participar en el proceso diseñado por el legislador foral, excluyendo así tanto la posible concurrencia de terceros que no hubieran prestado este tipo de servicios de auxiliar de policía, como la de aquellos que lo hubieran hecho por un período de tiempo inferior. Abona la anterior conclusión el hecho de que la misma norma determine el modo, dos convocatorias de concurso oposición, y el tiempo, dos años, en el que ha de materializarse este proceso así como, en fin, que las representaciones procesales de las instituciones forales no han negado que nos encontremos ante un turno restringido de acceso a la función pública en el que únicamente pueden participar los mencionados en la disposición adicional primera de la Ley Foral 15/2015.

Conforme a lo anterior, valoraremos en primer lugar la denunciada vulneración del artículo 23.2 CE, teniendo presente que dicho precepto constitucional puesto en relación con el artículo 103.3 CE veda toda restricción injustificada de las condiciones de acceso a la función pública.

En todo caso, a supuestos en los que se establece un trato de favor en relación a unos participantes respecto de otros se ha referido la STC 86/2016, de 28 de abril, FJ 4, en la que pusimos de relieve que "esta excepción a la regla general se ha considerado legítima en supuestos verdaderamente singulares, en los que las especiales circunstancias de una Administración y el momento concreto en el que se celebraban estas pruebas, justificaban la desigualdad de trato entre los participantes, beneficiando a aquellos que ya habían prestado en el pasado ser-

vicios profesionales en situación de interinidad en la Administración convocante. Estos supuestos varían desde la celebración de pruebas restringidas (STC 27/1991, de 14 de febrero) a pruebas en las que se primaba de manera muy notable los servicios prestados en la Administración, pero en uno y otro caso, ha existido siempre justificación de las singulares y excepcionales circunstancias que de manera expresa se explicaban en cada una de las convocatorias (SSTC 67/1989, de 18 de abril; 185/1994, de 20 de junio; 12/1999, de 11 de febrero; 83/2000, de 27 de marzo, o 107/2003, de 2 de junio). En definitiva, para que sea constitucionalmente legítimo establecer un proceso selectivo restringido o uno en el que se prime notablemente un determinado mérito en relación a otros, debe existir una justificación amparada en una situación excepcional, ya que, en otro caso, la desigualdad de trato lesionaría el artículo 23.2 CE (STC 27/2012, FJ 5)".

La disposición adicional impugnada establece, como se ha señalado reiteradamente, una regulación específica para el acceso de los auxiliares de policía a los cuerpos de policía local, de alguaciles o de agentes municipales, regulación que no cumple el requisito de que esté justificada en una situación excepcional. En efecto, ni del preámbulo de la Ley Foral impugnada y ni siquiera de las alegaciones de las representaciones procesales del Parlamento y del Gobierno de Navarra se infiere que la previsión de dichas pruebas restringidas responda a una concreta situación excepcional. La Letrada del Gobierno de Navarra tan solo se refiere genéricamente a que existe una causa objetiva y razonable "que justifica, sin daño de la igualdad, el que unas plazas de la Administración pública se cubran mediante pruebas en las que únicamente pueden participar quienes cumplan los requisitos que se exigen en la disposición adicional primera impugnada de contrario".

En cuanto a la excepcionalidad de la situación que podría justificar la convocatoria restringida, la situación aquí examinada "no tiene parangón con la creación de una nueva Administración, con la consiguiente necesidad de adscribirle de forma inmediata personal por no estar dotada de función pública propia ni existir plantillas de funcionarios, ni, en fin, por no poder acudir a los sistemas legales de provisión de acceso a la función pública así como tampoco con la necesidad de resolver la situación derivada de la imprescindible creación de un aparato administrativo en un ámbito concreto como el sanitario, únicos supuestos en el que este Tribunal ha admitido las pruebas restringidas o específicas como excepción al derecho al acceso en condiciones de igualdad a la función pública" (STC 130/2009, FJ 5).

Por tanto, la conclusión ha de ser que no se aprecia justificación razonable, basada en una situación excepcional, para la diferencia de

trato en el acceso a la función pública que supone el procedimiento restringido que venimos examinando.

En virtud de lo expuesto y al no cumplir el procedimiento específico de acceso a la función pública previsto en la disposición adicional primera de la Ley Foral 15/2015 los requisitos exigidos por nuestra doctrina, entendemos que vulnera el artículo 23.2 CE por lo que hemos de declarar inconstitucional y nula dicha disposición.

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 entrecomillado 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 entrecomilladas.

- EXTENSIÓN: Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. Las Ponencias, crónicas y notas no superarán las 30 páginas. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.

- SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES: Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Rambla Catalunya, 126
08008 Barcelona

Velázquez, 90, 4º
28006 Madrid

3 números al año

suscripciones

Última edición: noviembre 2017

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

***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 CUMPLIMENTO 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 librarme, a partir de la fecha, en mi cuenta corriente/libreta.

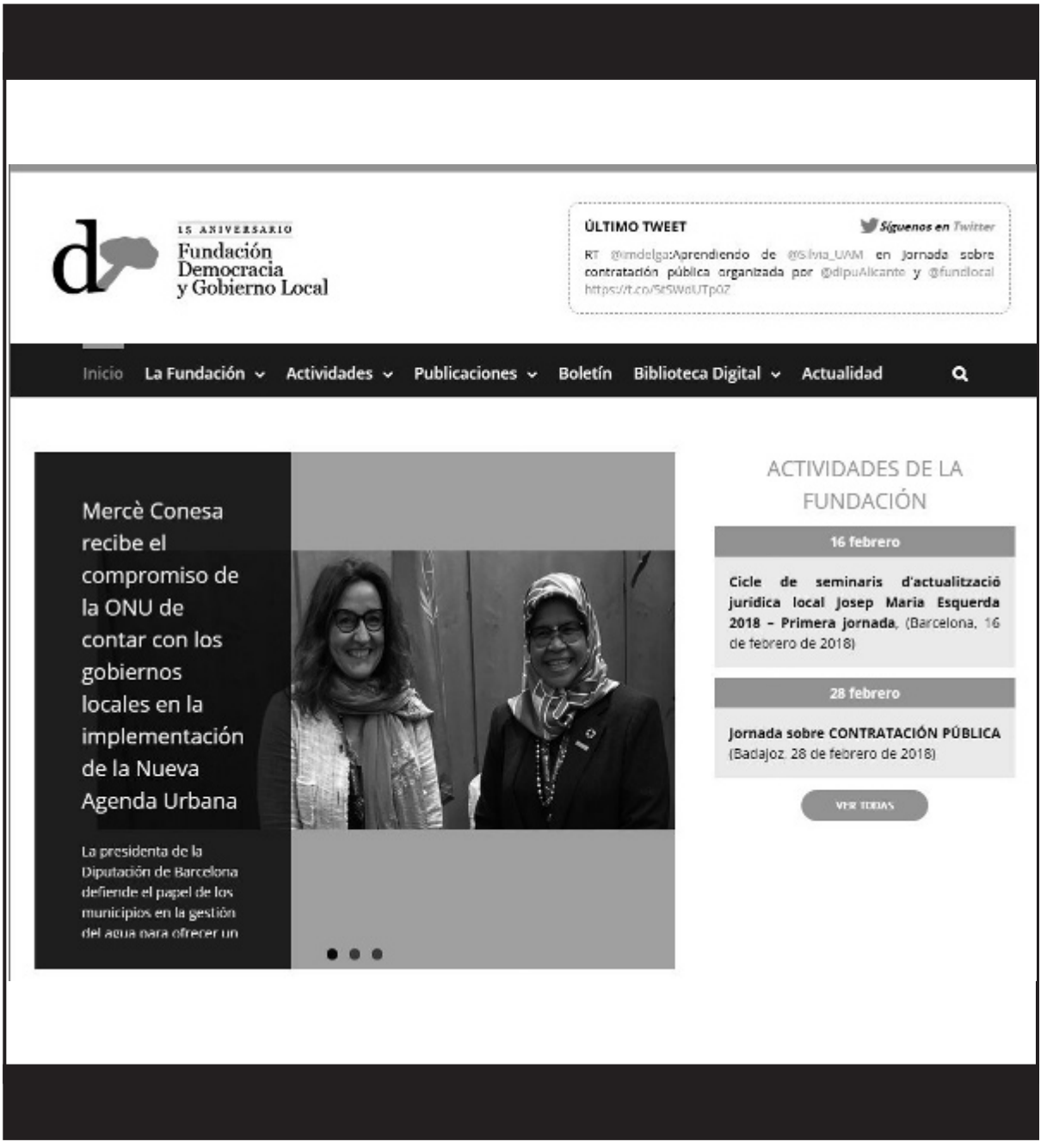
Firma: OBSERVACIONES:

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



QDL46SUMARIO

ESTUDIOS SOBRE MEDIO AMBIENTE

I. Desarrollo urbano sostenible

14 La construcción del ordenamiento ambiental español · FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

32 Desarrollo urbano sostenible: ¿Actuar localmente sin cambio global? · ALBA NOGUEIRA LÓPEZ

II. Protección del medio ambiente y competencias municipales

68 Las competencias medioambientales de los entes locales tras la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local · PILAR NAVARRO RODRÍGUEZ

III. Gestión municipal de residuos

104 La gestión municipal de residuos en el marco del régimen de responsabilidad ampliada del productor del producto · RUBÉN SERRANO LOZANO

127 El régimen local ante los retos jurídicos de la economía circular · RENÉ JAVIER SANTAMARÍA ARINAS

IV. La lucha contra la contaminación y el cambio climático

158 Estrategias ante los riesgos del cambio climático. Del Protocolo de Kioto a los Acuerdos de París · JOSÉ ESTEVE PARDO

169 Ciudades y la lucha contra el cambio climático: experiencias de municipios estadounidenses · LUIS INARAJA VERA

V. Contaminación y tratamiento del agua

188 La creciente importancia de la reutilización de las aguas residuales urbanas en un entorno de escasez hídrica · M. ASUNCIÓN TORRES LÓPEZ

211 Competencias y obligaciones de los entes locales para hacer frente a la contaminación de las aguas. Especial referencia a la actuación local en materia de vertidos · LUCÍA CASADO CASADO

257 Contaminación y tratamiento del agua: el papel de los concesionarios de servicios de saneamiento en el control de los vertidos a la red municipal · JESÚS CONDE ANTEQUERA

OTROS ESTUDIOS

286 Los instrumentos jurídicos de colaboración interadministrativa. Las encomiendas de gestión: su delimitación con la figura de los contratos *in house*. Los convenios administrativos · CARMEN ALONSO HIGUERA

357 Ciudadanía y participación por medios electrónicos. Un futuro incierto · JULIÁN GARRÁN DÍAZ

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

374 Crónica de jurisprudencia (de 1 de julio a 31 de diciembre de 2017) · ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

Fundación Democracia y Gobierno Local

www.gobiernolocal.org